

FORO

Junio 2008

DE SEGURIDAD SOCIAL

Nº 20

EDITORIAL **ANÁLISIS** PERSPECTIVAS GENERALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ● DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL RGSS: VISIÓN PANORÁMICA ● LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU PROGRESIVA REFORMA. LOS COLECTIVOS ESPECIALES DEL RÉGIMEN GENERAL ● PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS SISTEMAS ESPECIALES DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ● CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ● EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL: UN PROCESO INACABADO ● LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL (ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN DEL PREVISIBLE SISTEMA ESPECIAL) ● LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS ● LA REFORMA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DEL HOGAR ● EL RÉGIMEN ESPECIAL MINERO. SITUACIÓN ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL ● SINGULARIDADES DEL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR ● SEGURO ESCOLAR **DEBATE** LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS ● SI NO EXISTIERAN LAS "CLASES PASIVAS" HABRÍA QUE INVENTARLAS ● LA POSIBLE INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL **INFORMACIÓN** DOCUMENTOS ● ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL ● INTERNACIONAL ● RESÚMENES

Edita:

Asociación Profesional
del Cuerpo Superior de Técnicos
de la Administración
de la Seguridad Social

Apartado de Correos nº 4.048
28080 MADRID

www.foross.org

Director:

Domingo A. Sánchez Navarro

Subdirector:

Juan José Sanjuán Marín

Jefes de Áreas

**Política Asistencial
de la Seguridad Social:**

Antonio Villegas Villegas

**Política Organizativa y de Gestión
de la Seguridad Social:**

Carlos Manuel Abad Ruiz

Economía de la Seguridad Social:

Emilio Miralles Crespo

**Política de Garantía de los
Derechos de la Seguridad Social:**

Pedro Gete Castrillo

Asistencia Sanitaria:

Fernando de Benito Anguita

Protección por Desempleo:

Bernardo Díez Rodríguez

**Documentación y Secretariado de
Redacción:**

Rosario Cabezuero Jiménez

Edición en Internet:

José Eduardo Pérez Madrid

Consejo Editorial:

Domingo A. Sánchez Navarro
(Presidente)

Bernardo Gonzalo González
(Presidente de Honor)

Luis Enrique de la Villa Gil
Aurelio Desdentado Bonete

José Vida Soria
José Eduardo Pérez Madrid

(Presidente de ATASS)
Juan Chozas Pedrero

Danny Pieters
Alberto Palomar Olmeda

Antonio Ojeda Avilés
Manuel Aznar López

José Montalvo Correa
Jesús María Galiana Moreno

Faustino Cavas Martínez

Imprime: Artegraf, S.A.

Depósito Legal: M. 12.287-2000

ISSN: 1578-4193

Teléfono: 91 475 42 12. Fax: 91 476 85 47

Esta publicación no se hace necesariamente
solidaria con las opiniones expresadas en las
colaboraciones firmadas.

Prohibido reproducir los contenidos de esta revista
a no ser que se citen las fuentes o se pida permiso
expreso de los responsables de la publicación.

ANÁLISIS

3

PERSPECTIVAS GENERALES DEL SISTEMA
DE SEGURIDAD SOCIAL

Jesús María Galiana Moreno

10

DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL RGSS:
VISIÓN PANORÁMICA

Carmen Sánchez Trigueros

Francisco Antonio González Díaz

37

LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE
SEGURIDAD SOCIAL Y SU PROGRESIVA
REFORMA. LOS COLECTIVOS ESPECIALES
DEL RÉGIMEN GENERAL

Guillermo Rodríguez Iniesta

47

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS
SISTEMAS ESPECIALES DEL RÉGIMEN
GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

M^a Belén Fernández Collados

59

CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS
TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Alberto Cámara Botía

68

EL ENCUADRAMIENTO DE LOS
PROFESIONALES COLEGIADOS EN LA
SEGURIDAD SOCIAL: UN PROCESO
INACABADO

María del Carmen López Aniorte

Se podrán consultar los contenidos de todos los números
publicados de FORO DE SEGURIDAD SOCIAL y los
correspondientes ÍNDICES de AUTORES, de MATERIAS y de
DOCUMENTOS en

www.foross.org

La Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Técnicos de la
Seguridad Social cuenta asimismo con la siguiente página web

www.atass.org

82

LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL (ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN DEL PREVISIBLE SISTEMA ESPECIAL)

Francisco Javier Hierro Hierro

93

LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Belén García Romero

107

LA REFORMA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DEL HOGAR

Alejandra Selma Penalva
José Luján Alcaraz

121

EL RÉGIMEN ESPECIAL MINERO. SITUACIÓN ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL

M^a de los Reyes Martínez Barroso

133

SINGULARIDADES DEL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

Francisca Ferrando García

149

SEGURO ESCOLAR
Fernando Bonache Bermejo

DEBATE

154

LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Susana Rodríguez Escanciano

170

SI NO EXISTIERAN LAS "CLASES PASIVAS" HABRÍA QUE INVENTARLAS

José González Bernal

175

LA POSIBLE INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL

Antonio Comas Barceló

INFORMACIÓN

191

EL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA IMPORTANCIA DE LA VARIACIÓN DE LAS TASAS DE CRECIMIENTO DE LA RECAUDACIÓN Y DEL PAGO DE PENSIONES

Antonio de Guindos Jurado

193

DOCUMENTOS

DECLARACIÓN PARA EL IMPULSO DE LA ECONOMÍA, EL EMPLEO, LA COMPETITIVIDAD Y EL PROGRESO SOCIAL

197

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

199

INTERNACIONAL

201

RESÚMENES

Foro de Seguridad Social dedica este número a un estudio monográfico de la estructura del Sistema de Seguridad Social, tomando como referencia la medida V del Acuerdo en materia de Seguridad Social, adoptado por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME con fecha 13 de julio de 2006, en la que siguiendo las recomendaciones 3 y 6 del Pacto de Toledo, se pretende la equiparación en prestaciones y obligaciones de los cotizantes del sistema, simplificando la estructura de regímenes.

En cierta medida los trabajos que presenta la Revista, realizados por profesionales del Cuerpo Técnico de la Seguridad Social, y profesores de las Universidades Rey Juan Carlos, León, Cartagena y Murcia, se mueven entre la añoranza y la necesaria equidad que deber presidir el futuro de nuestro sistema de protección social.

El estudio del campo de aplicación de los distintos Regímenes del Sistema nos conduce inevitablemente a la época universitaria en la que nos iniciamos en el estudio de la Seguridad Social, de la mano de D. Manuel Alonso Olea, D. José Manuel Almansa Pastor, D. Luis Enrique de la Villa, D. Aurelio Desdentado Bonete y otros insignes profesores universitarios, siendo conscientes de las importantes modificaciones legales que se van a producir en dicho ámbito a muy corto plazo.

A la integración en el RETA de los Trabajadores por cuenta propia del REA, estableciéndose un sistema especial a favor de determinados trabajadores agrarios por cuenta propia, llevada a cabo por la Ley 18/2007, de 4 de julio, debe seguir la integración en el Régimen General de los trabajadores por cuenta ajena del REA, mediante la articulación de un sistema especial que permita avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evite un incremento de costes perjudicial para

la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

Igual suerte deben correr a través de la integración en el General o en el de Autónomos, los trabajadores por cuenta ajena o propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

Respecto al Régimen Especial de Empleados de Hogar debe procederse al estudio de la regulación de la relación laboral de carácter especial, adecuándola a la realidad actual. La aplicación paulatina de nuevos tipos y bases de cotización permitirán la convergencia de prestaciones con el Régimen General, especialmente en la cobertura de contingencias profesionales.

A todo ello debemos sumar dos hechos, que consideramos inevitables y necesarios. Por un lado, la necesaria aparición de una Ley General de la Seguridad Social, probablemente a través de un nuevo texto refundido, cuya realización sería más sencilla y presentaría menos dificultades, de todo tipo, que la adopción de otras soluciones; y de otra, la culminación de la modernización de la gestión de la Seguridad Social, a través de lo que se ha venido en llamar la Agencia de la Seguridad Social, y en la que tanto el Gobierno, como el principal partido de la oposición e interlocutores sociales, están de acuerdo en su puesta en funcionamiento.

No quisiera terminar esta presentación, sin hacer una expresa referencia al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, dirigido por el Dr. D. Faustino Cavas Martínez, que con su maestría característica ha coordinado la realización de los distintos trabajos que se presentan monográficamente.

A él, al resto de colaboradores y al Subdirector Juan José Sanjuan, la Revista FORO quiere expresarles su reconocimiento y afecto. ●

PERSPECTIVAS GENERALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL¹

Jesús María GALIANA MORENO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

Para esbozar, con el riesgo de imprecisión e inseguridad que ello conlleva, una panorámica de cuáles sean las perspectivas de nuestro sistema de Seguridad Social en los tiempos actuales y de cara al futuro inmediato, hay que partir de la evolución experimentada por el mismo desde que en los años sesenta del pasado siglo XX la Ley de Bases de la Seguridad Social (1963) y su Texto Articulado primero (1966) cohesionaron el inicialmente disperso (y luego unificado) régimen de seguros sociales para convertirlo en un Sistema de Seguridad Social.

Esa evolución viene, en buena medida, condicionada por determinadas deficiencias de que adoleció el sistema desde sus propios orígenes, como herencia del anterior régimen de seguros sociales, que van a generar necesidades sucesivas de reforma. Deficiencias que, sin ánimo exhaustivo, son especialmente tres: 1) insuficiencia de recursos financieros, a causa de la existencia de unas bases tarifadas muy alejadas de los salarios reales; 2) dificultades de gestión propiciadas por las interferencias entre una pluralidad de entes (INP, Mutualidades, Instituto Social de la Marina, Mutuas, etc.) y 3) una excesiva diversificación de Regímenes Especiales, algunos claramente deficitarios, que, vaciando de contenido la tendencia a la unidad proclamada en la Ley de Bases, propiciaron no sólo la inequidad

en la financiación del sistema, sino la insolidaridad en la concesión de sus prestaciones.

Los primeros intentos de subsanar tales deficiencias se producen tempranamente con la Ley 24/1972, de financiación y perfeccionamiento y el posterior TRLGSS de 1974, que iniciaron la aproximación entre cotizaciones y salarios, que, como se sabe, no se llevó a cabo de inmediato, ni se encuentra aún ultimada.

Por su parte, el RD-Ley 36/1978, de gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, procedió a simplificar el número de entidades gestoras y a racionalizar sus funciones, dentro del principio de caja única, al tiempo que reintegraba al Estado, mediante la creación de los correspondientes organismos autónomos, determinadas funciones que habían sido asumidas indebidamente por la Seguridad Social en materia de empleo, o servicios sociales.

El lento proceso de eliminación de Regímenes Especiales se apunta en la década de los setenta, con la desaparición del nunca completamente desarrollado RE del personal al servicio de los Organismos del Movimiento, pero el primer impulso importante sólo se produce con el RD 2621/1986, que integró en el Régimen General a diferentes colectivos (ferroviarios, juga-

¹ Conferencia pronunciada por el autor el 29 de enero 2008, dentro de las Jornadas sobre “La Reforma de la Seguridad Social. Presente y futuro del sistema español de Seguridad Social”, organizadas por la Universidad de Murcia y el INSS en el Aula de Cultura de la Fundación CAJAMURCIA.

dores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas) y a los escritores de libros en el de Trabajadores Autónomos.

Con estas deficiencias originarias sin corregir, o en vías muy iniciales de hacerlo, tiene lugar en 1978 la constitucionalización del sistema. De ella derivan, al menos, dos consecuencias fundamentales. La primera, es la universalización de la asistencia sanitaria, que, con apoyo en el artículo 43 CE, encuentra plasmación en la Ley 14/1986, General de Sanidad. La segunda, es la posterior introducción, por Ley 26/1990, de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación.

La universalización de la asistencia sanitaria ha supuesto el necesario desmembramiento de sus prestaciones del tronco común de la Seguridad Social, por cuanto ya no se limitan a quienes efectúan una actividad profesional y a sus beneficiarios, sino que se extienden a la casi totalidad de los ciudadanos por expreso mandato constitucional. Por otro lado, la configuración autonómica del Estado ha dado lugar a la cuestionable desmembración del INSALUD al haber ido asumiendo las CCAA la gestión de la asistencia sanitaria.

4

La introducción de las pensiones no contributivas constituyó, por su parte, un nuevo e importante hito en ese paso desde una Seguridad Social de base profesional a un sistema de componentes universales, al tiempo que abría camino a la necesaria diversificación de sus fuentes financieras.

Es de sobra sabido que las crisis económicas de los años 70 y 80 y el profundo proceso de reconversión industrial que las acompañó pusieron en jaque al sistema, en unos momentos, por lo demás, en que cobraban especial fuerza las ideas neoliberales que, dando por superado el Estado del bienestar, tienden a sustituirlo por un Estado *mínimo*, en el que la protección frente a los riesgos sociales parece diluirse en cauces de previsión adoptados por los potenciales sujetos afectados.

A los efectos negativos que las crisis tuvieron sobre el empleo se trató de dar respuesta mediante una serie de medidas flexibilizadoras (recuérdese, especialmente, la reforma del ET de 1984), que incrementaron de manera desproporcionada el recurso a la contratación temporal. Medidas que si, por una parte, facilitaron nuestro proceso de integración en la Europa comunitaria, al rebajar considerablemente el coste de la mano de obra, produjeron, por otra, entre otros efectos negativos, una rotación excesiva de contratos y de demandas de prestaciones de desempleo, que pronto exigió un endurecimiento en las condiciones

EL PACTO DE TOLEDO CONSTITUYE LA RESPUESTA POLÍTICA A LA CRISIS ANUNCIADA DE NUESTRA SEGURIDAD SOCIAL

de percepción de las contributivas y un ensanchamiento del campo de las prestaciones de carácter asistencial.

Paralelamente, fue preciso aumentar la capacidad financiera del FOGA-

SA introduciendo la obligación (inicialmente inexistente) de que los empresarios públicos cotizaran al mismo y empezaron a perfilarse las primeras medidas de alargamiento del período de cotización exigido para lucrar pensiones de jubilación con la Ley 26/1985, principal detonante de la huelga general del 14-D del citado año.

En este confuso panorama, los importantes cambios que, desde hace años y de modo acelerado, se vienen produciendo en las estructuras económicas y sociales, han planteado nuevos desafíos que afectan globalmente al sistema de protección social y que parecen condicionar su propia viabilidad. Cabe resaltar el envejecimiento progresivo de la población y el paralelo alargamiento de las expectativas de vida, las bajas tasas de natalidad y las transformaciones operadas en el modelo social, especialmente en sus estructuras familiares, a las que se unen el incremento del trabajo femenino, los desplazamientos migratorios y, en ciclos más o menos sostenidos, las oscilaciones siempre preocupantes de las tasas de desempleo.

En España, la necesidad de una reforma integral fue asumida por todas las fuerzas políticas que el 30 de marzo de 1995 firmaron el *Pacto de Toledo*. Este constituye, por así decirlo, la respuesta política a la crisis anunciada de nuestra Seguridad Social.

Los firmantes, partiendo de la doble constatación de que los sistemas de Seguridad Social son el eje de las políticas de bienestar y que los debates sobre su reforma han sido una constante histórica, trazaron el diagnóstico de los males que aquejaban al nuestro, estableciendo cinco variables determinantes de los mismos, a saber: el envejecimiento progresivo de la población y las transformaciones sociales a que antes hemos hecho referencia; la baja ocupación cotizante; la baja tasa de actividad, sobre todo en las mujeres (que hoy sigue siendo la menor de la UE), así como determinadas circunstancias internas del sistema (carencias en la escisión de sus fuentes financieras).

Sus recomendaciones tuvieron un triple objetivo: el incremento de los *ingresos*, la paralela disminución de los *gastos* y la simplificación de la *gestión*.

En lo que afecta a los *ingresos*, las recomendaciones apuntaban de modo prioritario a profundizar en la separación progresiva de fuentes de financiación; asegurar el Fondo de Reserva de las pensiones; igualar las bases de cotización con salarios reales; modificación progresiva de la financiación de los Regímenes Especiales, equiparando sus prestaciones al Régimen General; así como la lucha contra la economía sumergida.

En lo que se refiere a los *gastos*, se tendía a reforzar el principio de equidad y el carácter contributivo del sistema para lograr una mayor proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones; flexibilizar la jubilación, permitiendo el alargamiento de la vida activa con repercusión en la pensión final, así como a establecer fórmulas estables de revalorización automática de las pensiones.

Con relación a la *gestión*, las recomendaciones iban dirigidas a su simplificación, a la mejora de la recaudación (evitando los fraudes), a la reducción del número de Regímenes Especiales y al control específico de la gestión de la incapacidad temporal, para frenar los abusos detectados en la misma.

En todo caso, los protagonistas del *Pacto* tuvieron muy claro que el sistema debía continuar basado en el reparto, que representa la solidaridad intergeneracional, desechando por tanto cualquier intento de pasar a un régimen de capitalización que algunos auspiciaban tomando como referente el modelo chileno. Las reformas, en suma, aunque profundas no debían hacer irreconocible nuestro sistema de Seguridad Social.

Al pacto político siguieron una serie de acuerdos sociales para su puesta en práctica.

El primero de ellos (*Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social*, de 9 octubre 1996) dio lugar a la promulgación de la Ley 24/1997, que inicia el desarrollo de las medidas previstas en el *Pacto de Toledo*, salvo las que afectan a la gestión, que se defieren a momentos posteriores.

Se centra en separar las fuentes de financiación de las distintas prestaciones (que ya había avanzado la LPGE de 1989) y prevé la constitución del Fondo de Reserva; refuerza el principio de proporcionalidad en las pensiones de jubilación, para que respondan en su cuantía al esfuerzo de cotización realizado (siguiendo las pautas ya iniciadas por Ley 26/1985, antes mencionada); consolida asimismo el principio de equidad al

HAY UNA CORRIENTE
GENERALIZADA [DE
ANALISTAS] QUE ABOGA
POR INTRODUCIR
MODIFICACIONES
IMPORTANTES EN EL
RÉGIMEN DE PENSIONES,
QUE TIENDEN A SU
ENDURECIMIENTO

posibilitar que a esfuerzos similares las cuantías obtenidas sean equiparables. El principio de solidaridad se refuerza con la mejora introducida en la duración de las pensiones de orfandad y la elevación de la cuantía de las de viudedad. En último término, la Ley garantiza de forma definitiva el mantenimiento del poder

adquisitivo de las pensiones, incluidas las mínimas, que deberán revisarse de modo automático en consonancia con las variaciones del IPC en las correspondientes Leyes de PGE.

El segundo, el *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, de 9 abril 2001 (contestado por UGT, que no lo firmó), recoge un conjunto de medidas que se incorporaron a nuestro Ordenamiento a través de sucesivas Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (24/2001 y 53/2002) y, sobre todo, por Ley 35/2002, de 12 de julio.

Tales normas continuaron la senda de consolidación del equilibrio financiero requerido, mediante la constitución efectiva del Fondo de Reserva (materializada por Ley 28/2003) e introdujeron, al propio tiempo, nuevas medidas para el establecimiento de un modelo de jubilación gradual y flexible y de lucha contra el fraude.

Con posterioridad al *Pacto de Toledo* la situación ha venido experimentando cambios importantes, de signo mayoritariamente opuesto al de los negros vaticinios de las décadas de los ochenta y noventa. Salvo ligeros y esporádicos repuntes, la tasa de desempleo dejó por un tiempo de ser preocupante y las cuentas de la Seguridad Social ya no son deficitarias, entre otras razones porque el importante flujo migratorio soportado por nuestro país le ha aportado las cotizaciones restadas por la alarmantemente baja tasa de natalidad que padecemos.

Seguimos contando, sin duda, con una población envejecida [la población de más de 65 años, que en 1900 era del 5,2% de la población total, en 2006 ascendía al 15,7%], con amplias expectativas de vida; la tasa de natalidad no remonta, la de ocupación es insuficiente y el desempleo empieza de nuevo a in-

quietar de modo alarmante, tras la caída espectacular del sector inmobiliario; seguimos arrastrando importantes deficiencias estructurales, pero, globalmente hablando, estamos lejos del pesimista horizonte de hace poco más de una década, como muestra la operatividad de un Fondo de Reserva, cuya dotación actual supera ya los cuarenta mil millones de euros y el incremento del número de afiliados que cotizan a la Seguridad Social hasta alcanzar la cifra de diecinueve millones.

En ese cambio de perspectiva hay que situar la renovación parlamentaria del *Pacto de Toledo* llevada a cabo en 2003 y el subsiguiente proceso de concertación social, que bajo la rúbrica de *Declaración para el Diálogo Social, para la competitividad, empleo estable y cohesión social* suscribieron el Gobierno y los interlocutores sociales el 8 de julio de 2004.

Fruto último de este proceso son las importantes reformas concertadas por los indicados negociadores en el *Acuerdo de 13 de julio de 2006*, luego plasmadas, con escasas variaciones, en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

6

Ese es, en resumen comprimido, el proceso seguido por nuestro sistema desde su configuración como tal por los textos normativos de 1963 y 1966, y los principales intentos de reforma acometidos desde entonces.

Tomando como referente todo ese proceso, es como tenemos que indagar, o aventurar, por dónde se dirigen las tendencias de futuro.

En un panorama de envejecimiento generacional que es común al mundo desarrollado, en el que por los avances tecnológicos las expectativas de vida se alargan, es fácil entender que se susciten dudas sobre la viabilidad financiera no sólo de los sistemas de pensiones, sino del marco general de la protección social y que, consecuentemente, los economistas, los tecnócratas y los políticos planteen lo que llaman escenarios, en los que indagan el futuro y aventuran sus más variadas hipótesis.

Hipótesis a las que, sin duda, hay que prestar atención (no hacerlo sería negligente y, posiblemente, suicida), pero que conviene siempre matizar. Conviene matizarlas porque, en ocasiones, hay variables que no se previeron o que, si lo fueron, tuvieron comportamientos diferentes a los previstos. Y conviene matizarlas, además, porque en materia de Seguridad Social

(como ocurre con el Derecho del Trabajo) no sólo hay que acudir al cálculo económico, a sus criterios y a su lenguaje, sino que hay que atender además, a los criterios redistributivos y de justicia que inspiran las normas de protección social y al propio lenguaje en que estos criterios se expresan, sin olvidar que los análisis que se efectúan no son siempre inocuos, sino que se encuentran en buena medida condicionados por los referentes ideológicos de quienes los llevan a cabo y por los concretos intereses que defienden los órganos o instituciones que los auspician.

En los años ochenta, como se recuerda, se hicieron augurios, que creo no exagerar si califico de catastrofistas, sobre la viabilidad de nuestras pensiones. Por aquella época entre nosotros se hablaba de la quiebra de la Seguridad Social y las previsiones generalizadas ponían el tope de la pervivencia financiera del régimen de pensiones alrededor del año 2010.

Estamos en 2008 y nos encontramos con un panorama de signo distinto. Como dije antes, la Seguridad Social ha alcanzado años de superávit, hay 19 millones de afiliados, se ha constituido un saneado Fondo de Reserva y en la actualidad las cotizaciones pueden hacer frente al pago de las pensiones contributivas del sistema, gracias, entre otras cosas, al incremento importantísimo de la inmigración (variable no tenida en cuenta por los augures, que sí consideraron, en cambio, la baja natalidad o la escasa integración de la mujer en el mercado de trabajo), a la profundización en la diversificación de fuentes financieras recomendada en el *Pacto de Toledo* y, posiblemente, a que la Seguridad Social se ha visto descargada en su presupuesto de la enorme partida de los gastos sanitarios.

Sin que yo enjuicie el dato, es notorio que los analistas siguen detectando carencias en el sistema y que en España y fuera de ella hay una corriente generalizada que aboga por introducir modificaciones importantes en el régimen de pensiones, que tienden a su endurecimiento.

CON CIFRAS DEL 2006,
DE 8.316.392
PENSIONISTAS, UN 58% LO
SON DE JUBILACIÓN,
CON UN COSTE ANUAL DE
CASI CUARENTA
Y NUEVE MIL MILLONES
DE EUROS

Si acudimos a un reciente estudio de la OCDE sobre el sistema español de pensiones (*"Economic Survey of Spain 2005: The need to reform the public pension system"*), en él se estima que hay que rebajar los parámetros que se utilizan para el cálculo de las mismas

y se plantea como hipótesis una disminución de su cuantía, sin rebaja paralela de cotizaciones (aunque advirtiendo que ello iría contra el Pacto de Toledo). Se llega a afirmar que en el caso de nuestro país el calcular las pensiones sobre las cotizaciones totales del pensionista “*sería probablemente insuficiente para asegurar la viabilidad financiera del sistema a largo plazo*”, aunque precisando que reformas de ese tenor serían difícilmente aceptables en España, donde la media de pensiones es inferior a las de la mayoría de países europeos. Se recomienda, en último término, invertir todos los superávits presupuestarios de la Seguridad Social en el Fondo de Reserva.

En un seminario sobre “*Seguridad Social: Protección y Cohesión Social*”, celebrado en Santander en el año 2006 (*RMTAS, nº extraordinario 2007*), un alto cargo de la Dirección General de Empleo, Política Social e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea insistía en la necesidad de ampliación de la vida laboral y el recurso al ahorro privado como complemento de las pensiones públicas, apuntando, además, que este ahorro resulta obligado en los países Nórdicos e incluso en el Reino Unido, salvo que en éste el trabajador manifieste expresamente su voluntad en contrario (*opting out*).

En la conferencia inicial del mismo Seminario, el Secretario de Estado de la Seguridad Social de nuestro país alertaba de que si el alargamiento de la vida laboral no daba los resultados esperados, habría que tomar medidas que calificaba de *paramétricas* (supongo quería decir drásticas).

NO PARECE DIFÍCIL PREDECIR
QUE VA A CONTINUAR, EN
LO QUE SE REFIERE A LA
JUBILACIÓN, LA TENDENCIA
ENDURECEDORA DE LAS
CONDICIONES EXIGIDAS
PARA SU OBTENCIÓN

Con estos planteamientos y la evolución pasada de nuestro sistema de pensiones, no parece difícil predecir que va a continuar, en lo que se refiere a la de jubilación, la tendencia endurecedora de las condiciones exigidas para su obtención [Hay que tener en cuenta que, con cifras del 2006, de 8.316.392 pensionistas, un 58% lo son de jubilación, con un coste anual de casi cuarenta y nueve mil millones de euros].

Esa tendencia endurecedora, como hemos dicho, la inicia la Ley 26/1985, que prácticamente duplicó el período de carencia mínimo exigido y afectó a su método de cálculo; luego la prosigue la Ley 24/1997 y, por

ahora, la culmina la Ley 40/2007, al exigir que los quince años de cotización sean años efectivos, sin cómputo de pagas extraordinarias (5.475 días, frente a los 4.700 actuales).

A lo que parece, la tendencia restrictiva no se para ahí, sino que en el horizonte, quizás no lejano, se perfila la idea de que sea el cómputo de la totalidad de la vida laboral el que se tenga en cuenta para calcular la base reguladora, lo que, notoriamente –cualesquiera que sean los criterios correctores que, en su caso, se apliquen–, debe desembocar en una minoración en la cuantía de la pensión y posiblemente en la exigencia de una necesaria prolongación de la vida activa para neutralizar dicho efecto.

Quizás, por ello, desde instancias diversas se apunta cada vez con más fuerza que hay que acudir a ese tercer pilar complementario y libre, que ha de compensar de alguna forma las insuficiencias de cobertura de los otros dos pilares obligatorios (el universal y el contributivo). Y, paralelamente, se abren las puertas de modo progresivo a la prolongación de la vida activa, no sin incurrir en contradicción, por cierto, con la reiterada denuncia de la baja tasa de actividad que existe en nuestro país (con jóvenes, y especialmente mujeres, con dificultades de acceso al mercado de trabajo); con la abusiva utilización de las jubilaciones anticipadas para proceder al recorte de plantillas en sectores saneados de la economía; con la tendencia recientemente aireada de adelantar la edad de jubilación en las Administraciones Públicas o con la extinción obligatoria del contrato de trabajo pactada en convenio colectivo por cumplimiento de los 65 años, que establece las tantas veces modificada disposición adicional 10ª ET.

El alargamiento de la vida laboral es, por ahora, voluntario, pero no olvidemos la tendencia europea a retrasar con carácter general la edad de acceso a la pensión y no olvidemos tampoco la advertencia lanzada por el Secretario de Estado para el caso de que esta medida no resulte suficientemente eficaz en la política marcada por el *Pacto de Toledo* de disminución de gastos de nuestro sistema de Seguridad Social.

El eje de la argumentación es, como siempre, las expectativas de viabilidad financiera del sistema. Aunque hoy tengamos aproximadamente casi 2,3 afiliados por pensionista (con los datos de noviembre de 2007) y un saneado Fondo de Reserva, se vaticinan insuficiencias importantes para fechas que unos cifran en el 2020 o en el horizonte 2025-2030, con una eventual mejora posterior cuando pasen los efectos del *baby-boom* de los años de post-guerra y accedan a la pensión generaciones menos numerosas que se corresponden con los años de bajada de la tasa de natalidad.

Supongo que para los analistas financieros esa viabilidad del sistema se va a ver aún más comprometida con la presente recesión económica, cuya onda se vaticina larga, y que es producto, entre otros factores, de la importante contracción operada en el sector de la construcción y de la falta de credibilidad que afecta al sector financiero, a causa de las hipotecas *sub-prime* emitidas en los EEUU. Recesión que está afectando ya de manera importante al empleo, especialmente de inmigrantes, y que va a elevar porcentualmente las necesidades de cobertura de nuestro sistema de desempleo. Lo que, dicho sea incidentalmente, va a afectar negativamente a la predicción que el CES apuntaba en su Memoria de 2006, en el sentido de que el número de perceptores de prestaciones de desempleo podría disminuir en el corto plazo como consecuencia de la puesta en práctica de la Ley de Dependencia (y los nichos de empleo que la misma genera), que de alguna forma serviría para actuar como contrapeso al incremento de gasto social que la atención a la dependencia necesariamente comporta.

Las pensiones de viudedad [2.235.526 pensionistas con un coste total de casi quince mil millones de euros en 2006] han seguido, por su lado, dos vías de signo inverso en los últimos años. Primero, tras el *Acuerdo* de 9 abril 2001, se elevaron sus cuantías, con apoyo en la recomendación 12ª del *Pacto de Toledo*, que la instaba como manifestación del principio de solidaridad, básico en un sistema de Seguridad Social. Dicho incremento se ha visto acompañado de la posibilidad excepcional de que la pensión no se extinga al contraer nuevo matrimonio en determinadas situaciones de edad y limitación de ingresos anuales.

Luego ha surgido otra tendencia, de carácter predominante, que camina en sentido contrario, en la línea trazada por la Ley de PGE para 2006, que encomendaba al Gobierno la presentación, dentro del marco del diálogo social, de un proyecto de ley dirigido a la reformulación global de esta pensión. Reformulación que, parece, tratará de readaptarla a las nuevas realidades familiares de hoy y a la creciente incorporación de la mujer a la vida laboral y que el *Acuerdo* de 13 de julio de 2006 y la actual Ley de Medidas de Seguridad Social plantean de futuro. Los firmantes del *Acuerdo*, sin embargo, anunciaron ya su convicción de que la pensión debe reservarse para supuestos de necesidad en que el sobreviviente dependa económicamente del fallecido, recuperando así su carácter de renta de sustitución, que es muy probablemente el que le corresponde en las actuales circunstancias. En todo caso, el cambio pronosticado exigirá actuar con cautela para no dañar legítimas expectativas.

En lo que afecta a las pensiones de invalidez [900.091 pensionistas con un coste de casi nueve mil millones

LA INVERSIÓN EN RENTA VARIABLE [DE PARTE DEL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL] SUPONE EFECTIVAMENTE UN ALTO RIESGO, QUE NO LA HACE COMPATIBLE CON LA FINALIDAD DEL FONDO

de euros en 2006] su futuro lo condicionan las últimas modificaciones adoptadas que, como se sabe, han consistido en equiparar su tratamiento a la pensión de jubilación (cuando la invalidez procede de enfermedad común), con la idea de cortar su utilización como alternativa en carreras de cotización insuficientes.

Todas estas son medidas que, podríamos resumir, poseen un denominador común, consistente en lograr un decremento de los gastos de la Seguridad Social y que se complementan con otras destinadas a incrementar los ingresos. Entre ellas, sin duda, hay que incluir las que deben finalizar el lento proceso de separación de fuentes financieras, que la disposición transitoria 14ª LGSS plantea en el horizonte del año 2014 en lo que afecta al abono de los complementos a mínimos con cargo a los Presupuestos del Estado [no olvidemos que casi dos millones de pensionistas perciben tales complementos], o los reiterados intentos de aflorar la economía sumergida y de lucha contra el fraude, especialmente en relación con la incapacidad temporal.

Quizás también hay que incluir aquí, aunque con una crítica negativa, alguna medida esbozada para rentabilizar financieramente los activos acumulados en el Fondo de Reserva [que se creó en 2003 con seiscientos tres millones de euros y hoy, como dijimos, cuenta ya con casi cincuenta mil millones, pudiendo hacer frente en situaciones críticas a 8 meses de la nómina de pensionistas].

Como se sabe, el Fondo invierte sus activos en deuda pública y una pequeña parte está en cuenta corriente depositada en el Banco de España. El Anteproyecto de Ley reguladora del Fondo de Reserva prevé (con dictamen favorable del CES) autorizarle para invertir en renta variable una parte de esos activos (parece que hasta un 30%). Para los representantes de ELA y CIG que formularon el voto particular que acompaña al indicado dictamen del CES, ello conlleva un riesgo económico, que no puede ser asumido y supone abrir la puerta a la privatización de la Seguridad Social. Posición compartida desde el sector crítico de CCOO.

A mi parecer, de no experto en Bolsa, aunque se nos diga que dichas inversiones se hacen en otros

países, pienso que la inversión en renta variable supone efectivamente un alto riesgo, que no la hace compatible con la finalidad del Fondo.

En último término, en materia de gestión, los objetivos marcados por el *Pacto de Toledo* -como dijimos-, apuntaban básicamente a la eliminación del fraude, especialmente en la incapacidad temporal y a la progresiva eliminación de Regímenes Especiales.

En la incapacidad temporal, parece que el control debería centrarse en eliminar aquellas situaciones de recurso injustificado a la prestación (la simulación, por ejemplo, de enfermedades de corta duración para encubrir ausencias al trabajo derivadas de otros motivos) y, posiblemente, en garantizar la coordinación entre todos los implicados en la concesión de las respectivas prestaciones sanitarias y económicas derivadas de la misma (Servicios Públicos de Salud, INSS y Mutuas) y no, como hasta ahora, en la reducción de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social, gravando a las empresas con parte de ellas, o en la cesión a las Mutuas de la gestión de la derivada de contingencias comunes, que viene ocasionando diversidad de problemas, como se sabe.

En la progresiva simplificación de Regímenes Especiales se ha dado un paso adelante con la Ley 18/2007, de 4 de julio, que ha procedido a integrar a los autónomos agrarios en el RETA, creando el correspondiente sistema especial. También se ha avanzado en la línea de establecer una protección social equiparable entre ellos (piénsese en la cobertura de la incapacidad temporal en el RETA). En el horizonte se perfila la tendencia apuntada por los firmantes del *Pacto de Toledo* hacia la existencia de dos grandes regímenes: uno de trabajadores por cuenta ajena y otro de trabajadores autónomos (Recomendación 4ª).

Estas son, a grandes rasgos, algunas de las principales tendencias que, a mi modo de ver, se detectan en nuestro Sistema de Seguridad Social. Son tendencias que derivan del diagnóstico de problemas y de las principales propuestas para resolverlos que en su día establecieron los firmantes del *Pacto de Toledo*.

Es evidente que ni los problemas denunciados ni las recomendaciones para resolverlos acaban ahí. En la

EN EL HORIZONTE
SE PERFLA LA TENDENCIA
APUNTADA POR LOS
FIRMANTES DEL PACTO
DE TOLEDO HACIA LA
EXISTENCIA DE DOS
GRANDES REGÍMENES: UNO
DE TRABAJADORES POR
CUENTA AJENA
Y OTRO DE TRABAJADORES
AUTÓNOMOS

renovación parlamentaria del citado *Pacto* llevada a cabo en 2003, se abordaron nuevos problemas y se efectuaron, correlativamente, nuevas recomendaciones, especialmente sobre trabajos atípicos, protección social de la mujer, dependencia, discapacidad o inmigración.

En algunos de los casos se han producido ya las

respuestas legislativas instadas, como es el caso de la dependencia, regulada por Ley 39/2006, cuya Exposición de Motivos resalta que establece “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de Seguridad Social” y sobre la que, como dijimos, el CES apuntaba (Memoria 2006) que sería una vía idónea para reducir en el corto plazo las prestaciones de desempleo. En otros, como es el caso de los trabajadores a tiempo parcial o con contratos temporales, deberán efectuarse las correcciones oportunas para no penalizar sus expectativas de protección social en situaciones de necesidad a causa de sus irregulares carreras profesionales.

En todo caso, lo que no hay que perder de vista cuando se alude al futuro de nuestra Seguridad Social es que, como advirtieron los firmantes del *Pacto de Toledo*, ésta constituye el eje fundamental de la política de bienestar.

Por ello, al menos desde la perspectiva de quienes pensamos que posibilitar dicho bienestar es función indeclinable del Estado, cuando se plantean escenarios hipotéticos sobre la viabilidad futura del Sistema, se debe, sin duda, atender a parámetros económicos que la avalen, pero utilizados desde coordenadas que no ignoren esos criterios redistributivos y de justicia que, como hemos dicho, deben inspirar las normas de protección social. ●

DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL RGSS: VISIÓN PANORÁMICA

Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS

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

Francisco Antonio GONZÁLEZ DÍAZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

1. Introducción

10

Muchas veces se ha explicado ya cómo el enorme crecimiento de la población obrera, fruto de la Revolución industrial de finales del siglo XVIII y principios del XIX, unido a las deficientes condiciones en que se realizaba la actividad laboral, generó una situación social insostenible que dio lugar a extensos movimientos de protesta. La respuesta de los poderes públicos a tal situación se instrumentó a partir de una toma de conciencia sobre la "cuestión social", de donde se pasó a la adopción de medidas (calificables como mínimas, pero muy avanzadas para la común percepción coetánea) que afrontaran las difíciles condiciones laborales y asistenciales de los obreros; así, en la dimensión que ahora interesa, aparece un embrionario sistema de protección frente a las situaciones de necesidad;

la figura del seguro social ha ido evolucionando hasta lo que hoy conocemos como Sistema de Seguridad Social y que la doctrina identifica como "la hasta ahora última etapa de la evolución del régimen de seguros sociales o previsión social"¹. En las páginas que siguen no va a atenderse al apasionante devenir de la acción protectora, de sus requisitos y contenido, sino que se aludirá sólo a un dato pocas veces examinado de modo frontal: no otro que el del ámbito subjetivo o campo de aplicación de tal sistema.

En este sentido, conviene comenzar advirtiendo que desde la mencionada creación del Seguro Social² a nuestros días se viene produciendo una progresiva expansión del ámbito personal de la Seguridad Social. Así, en su origen, el obrero económicamente débil era el principal beneficiario, como prueban las normas aprobadas en esos momentos³. La imparable tendencia

¹ MONTROYA MELGAR, A. "Fundamentos de la Seguridad Social", AA.VV., *Curso de Seguridad Social*, Thomson Civitas, 2005, pág. 49.

² En opinión de MARTÍN VALVERDE, A., "La formación del Derecho del Trabajo en España", en *Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XXX, el seguro social obligatorio debe considerarse la institución nuclear del Derecho del Trabajo, que establece una especie de relación aseguradora, obligatoria en su constitución, referida a los riesgos sociales y financiada de acuerdo con criterio de solidaridad profesional y no de conmutatividad. Esta institución del seguro social obligatorio evolucionó posteriormente, con el paso de la previsión social a la seguridad social, hacia fórmulas de protección más generales e integradas. 3Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900, Ley de 27 de febrero de 1908, que creó el Instituto Nacional de Previsión, RD de 5 de marzo de 1910, sobre Seguro Popular de Vida, legislación sobre Retiro Obrero (entre otros, el Decreto de 11 de marzo de 1919). Estas y otras normas pueden consultarse en *Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, op. cit.

³ Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900, Ley de 27 de febrero de 1908, que creó el Instituto Nacional de Previsión, RD de 5 de marzo de 1910, sobre Seguro Popular de Vida, legislación sobre Retiro Obrero (entre otros, el Decreto de 11 de marzo de 1919). Estas y otras normas pueden consultarse en *Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, op. cit.

expansiva ha ido permitiendo la incorporación de determinados sujetos que tienen cabida dentro del Sistema de Seguridad Social. Así, con la Ley de Bases de 1963 y su Texto articulado de 1966 el campo de aplicación de la Seguridad Social queda integrado por los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos, los socios-trabajadores de cooperativas de producción, los empleados domésticos, los estudiantes y los funcionarios.

Finalmente, la tendencia a la universalización del campo de aplicación personal de la Seguridad Social se manifiesta en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) al prescribir que corresponde a los poderes públicos mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Esta misión ha sido asumida por la Ley General de Seguridad de 1994 (en adelante, LGSS), que contempla la posibilidad de incluir en su ámbito de aplicación tanto a quienes cotizan a la Seguridad Social, en virtud de la actividad laboral que desempeñan, como a quienes tienen derecho a prestaciones no contributivas⁴.

2. Estructura del Sistema de Seguridad Social

La estructura de nuestro Sistema de Seguridad Social se caracteriza porque conviven en el mismo un Régimen General, Regímenes Especiales, para sectores de actividad específicos, y Sistemas Especiales. Además, debe contarse con las distintas modalidades de protección que se ofrece, contributiva o no contributiva.

Fruto de lo anterior, nos encontramos con que en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social se han ido introduciendo sucesivamente, en el tiempo, determinados colectivos, de tal forma que el campo de aplicación se ha ido deslaboralizando. Así, aunque la figura central sigue siendo el trabajador por cuenta ajena en el Régimen General o en los Especiales, se han incorporado nuevos sujetos que desarrollan su actividad, no ya bajo la figura del contrato de trabajo, sino a través de otras relaciones jurídicas, ampliándose más allá de los límites estrictos del desarrollo de una determinada actividad profesional⁵.

Fundiendo la tendencia expansiva y la ordenación interna en Regímenes, puede afirmarse que desde el nacimiento de la Seguridad Social se ha acentuado su tendencia expansiva, aunque en opinión de algún sector de la doctrina, bajo la forma de una excesiva fragmentación⁶. Esto ha supuesto la estructuración del sistema de la Seguridad Social en regímenes, configurando el sistema español un sistema dualista entre Régimen General, compuesto por trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios; y varios Regímenes Especiales, que atienden a aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social (art. 10 LGSS).

Sin perjuicio de la existencia de pensiones no contributivas de vocación universal, puede afirmarse que la inclusión en el sistema de Seguridad Social se realiza atendiendo a criterios de profesionalidad, nacionalidad y territorialidad.

2.1 Profesionalidad

Estos criterios profesionales se encuentran recogidos en el art. 7 LGSS, al considerarse comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: trabajadores por cuenta ajena, autónomos, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes, funcionarios públicos, civiles y militares.

2.2 Nacionalidad y territorialidad

El campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social se delimita mediante la aplicación conjunta de criterios de nacionalidad y territorialidad. Así, respecto a los trabajadores españoles, el art. 7 LGSS señala que están comprendidos en el sistema de Seguridad Social

⁴ La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, amplió el campo de los sujetos de la Seguridad Social. Sobre esta tendencia a la universalización, vid. RODRIGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., **Sistema de Seguridad Social**, ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 39.

⁵ Para ello, la normativa de la Seguridad Social ha tenido que acudir a la figura de los asimilados a trabajadores para incorporar a estos nuevos colectivos.

⁶ BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARIER CARRASCO, M.A., **Curso Básico de Seguridad Social**, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 60.

todos los españoles que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional⁷.

En cuanto a los españoles no residentes en territorio nacional, el art. 7.4 LGSS les excluye, como regla general, de la Seguridad Social española por aplicación del principio de territorialidad. No obstante, esta afirmación requiere de alguna matización. Así, el trabajador español enviado por su empresa al extranjero de manera temporal, mantiene la relación jurídica de la Seguridad Social en España⁸. Respecto a los españoles emigrantes o que trabajen en el extranjero habría que distinguir cuatro situaciones:

1. Trabajador emigrante a país comunitario (aplicación de los Reglamentos Comunitarios).
2. Trabajador emigrante por cuenta ajena o por cuenta propia residente en el extranjero en países no comunitarios (aplicación de los Convenios de la Seguridad Social).
3. Trabajador emigrante que vuelve a España (si vuelve por un corto período de tiempo tiene derecho a la protección de asistencia sanitaria mientras se encuentren en España; si es retorno definitivo, pueden ser titulares de prestaciones de desempleo; si el retorno es como pensionista del país donde ha estado trabajando como emigrante y no tiene cubierta la asistencia sanitaria, puede celebrar un convenio especial).
4. Empleado o funcionario de organizaciones internacionales.

EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CONVIVEN UN RÉGIMEN GENERAL, RÉGIMENES ESPECIALES, PARA SECTORES DE ACTIVIDAD ESPECÍFICOS, Y SISTEMAS ESPECIALES

3. Régimen General de la Seguridad Social

3.1 Modalidades de inclusión

El art. 97 LGSS regula el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social⁹. Debe partirse de la consideración de trabajador por cuenta ajena, si bien, la normativa española ha ampliado el ámbito de aplicación a determinados grupos profesionales que no tienen la consideración de trabajadores en el sentido del art. 1.1 ET.

Esta ampliación se produce a través de diversas técnicas:

a. Asimilación: A través de la técnica de asimilación se atribuye a los integrantes de un determinado colectivo la condición de sujetos protegidos por el sistema de Seguridad Social¹⁰. En efecto, las nuevas formas de producción y, en general, la multiplicidad de maneras en que puede manifestarse la prestación de servicios, exigen la adopción de criterios dotados de flexibilidad, para impedir que determinadas formas de trabajo productivo queden al margen del Sistema porque no constituye una actividad asalariada¹¹.

A estos colectivos, que se asimilan al trabajador por cuenta ajena del régimen general, no se les va a exigir una identidad, fáctica o jurídica, entre los sujetos a los que afecta y los incluidos originariamente en el Régimen General sino tan sólo que exista un colectivo que desarrolle una actividad común, con independencia de cuál sea esta. Y desde un punto de vista objetivo, tampoco implica que se atribuya al sujeto asimilado un estatuto jurídico similar al del trabajador del Régimen General, puesto que aun cuando por la técnica de la asimilación un sujeto pasa a estar protegido, lo es en las condiciones y con el alcance que la propia norma asimiladora determine¹².

⁷ Para las prestaciones no contributivas estarán incluidos todos los españoles residentes en territorio nacional.

⁸ Lo mismo cabría señalar para los españoles en viaje de turismo al extranjero y los que realizan una estancia temporal en países de la Unión Europea.

⁹ Un artículo que, como señalan MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VALERA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, ed. Netbiblo, 2005, pág. 26, no es exhaustivo debiendo complementarse su tenor con otras muchas normas de la propia LGSS.

¹⁰ Un estudio en profundidad sobre estas situaciones en BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema Español de Seguridad Social*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 247 y ss.

¹¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Ámbito Subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 273.

¹² VV.AA., *Memento práctico de Seguridad Social*, ed. Francis Lefebvre, 2006. pág. 35.

Los supuestos de inclusión por asimilación en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social son: clérigos de la Iglesia Católica y ministros de culto de otras Iglesias y Confesiones, reclusos que realicen trabajos retribuidos, deportistas, becarios de investigación, profesores asociados y visitantes, etc.

b. Integración de regímenes y entidades: Tal y como señala el art. 10.5 LGSS el Gobierno puede disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los Regímenes Especiales, a excepción de los que hayan de regirse por leyes específicas, cuando sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del Régimen Especial de que se trate¹³.

c. Aplicación de técnicas singulares y a efectos concretos: Distintas razones como la singularidad del colectivo, la institución para la que prestan servicio o, incluso, el lugar de desarrollo de la actividad laboral, han sido utilizados para estimar la incorporación al Régimen General de diversos colectivos, mediante la aplicación de técnicas singulares. Nos estamos refiriendo al personal no funcionario al servicio de representaciones diplomáticas acreditadas en España o, entre otros, la inclusión de determinados colectivos mediante la suscripción de un convenio especial¹⁴.

LA TENDENCIA A LA
UNIVERSALIZACIÓN DEL
CAMPO DE APLICACIÓN
PERSONAL DE LA SEGURIDAD
SOCIAL SE MANIFIESTA
EN LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA DE 1978

3.2 Sujetos comprendidos en el Régimen General de la Seguridad Social

Debe partirse de que la inclusión en el Régimen General corresponde, como regla general, a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados. El concepto de trabajador por cuenta ajena al que se refiere la legislación de Seguridad Social debe buscarse en los arts. 1 y 2 ET, pues comprende tanto al trabajador en sentido puro (art. 1.1 ET) como al que se encuentra en alguno de los Regímenes Especiales (art. 2 ET).

En el art. 97 LGSS se precisa el concepto de trabajador a efectos de la inclusión en el Régimen General estableciendo una serie de inclusiones, exclusiones y asimilaciones¹⁵.

3.2.1 Profesores de religión católica

Dentro de este apartado quedan recogidas aquellas personas que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, sean propuestas en cada curso o año escolar por el Ordinario del lugar y designadas por la autoridad académica para la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria. La condición de empleador sobre estos sujetos corresponde a la Administración Educativa.

Según la Orden de 9 de abril de 1999 por la que se dispone la publicación del convenio de 26 de febrero de 1999 sobre su régimen económico-laboral, prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar, a tiempo completo o parcial y quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, al que serán incorporados los profesores de Educación Infantil y de Educación Primaria que aún no lo estén.

3.2.2 Clérigos de la Iglesia Católica

a. Sacerdotes. La vocación expansiva de la Seguridad Social tiende a recoger en el ámbito de su acción protectora el aseguramiento de todos los riesgos sociales que afectan a los distintos grupos o colectivos de personas; en consonancia con todo ello, parece adecuado extender la cobertura de la Seguridad Social a los Ministros de la Iglesia Católica, en lo que concurren, básicamente, las condiciones para su efectiva integración en el ámbito de nuestra Seguridad Social, si bien teniendo en cuenta diversas normas en atención a las peculiaridades y características de este colectivo.

En la actividad de los Clérigos diocesanos de la Iglesia Católica concurren las características necesarias para su integración en el Régimen General, básicamente el desarrollar una actividad pastoral al servicio de la comunidad bajo las órdenes y directrices de los Ordinarios de las distintas Diócesis.

Todo ello permite incluir a dichos Clérigos, y a sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, en

¹³ Incluso cabría la posibilidad de que la integración se efectúe en otro Régimen Especial cuando así lo aconsejen las características de ambos regímenes y se logre, con ello, una mayor homogeneidad con el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴ En cualquier caso, como reconoce la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 1998 (AS 1998, 1135), la suscripción del convenio especial es un acto voluntario para el beneficiario.

¹⁵ Con relación a estas asimilaciones, el art. 114.2 LGSS establece que la norma que regule la asimilación en cada caso, deberá determinar el alcance de la protección otorgada.

el campo de aplicación del Régimen General, de manera que puedan, por tanto, beneficiarse de la acción protectora de dicho Régimen, con la exclusión tan sólo de aquellas situaciones y contingencias que no resulten aplicables por las características propias del colectivo.

En este sentido, el Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero, cuyo art. 2 ha sido modificado por el Real Decreto 1613/2007, de 7 de diciembre, determina qué prestaciones del Régimen General quedan excluidas.

Así, la acción protectora, por lo que respecta a este colectivo y sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes exclusiones:

a) Incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

b) Desempleo.

Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán en todo caso como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para éstas en el Régimen General de la Seguridad Social.

En relación a los familiares que tengan la condición de beneficiarios a efectos de la asistencia sanitaria cabe señalar, según la Circular de 11 de enero de 1978 a:

- Ascendientes que no realicen trabajo remunerado alguno, no reciban renta patrimonial o pensiones superiores al doble del salario mínimo interprofesional, ni tenga derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social por otro título o concepto.

- Hermanos menores de dieciocho años o mayores de dicha edad que estén incapacitados permanentemente para todo trabajo.

DESDE EL NACIMIENTO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
SE HA ACENTUADO SU
TENDENCIA EXPANSIVA,
AUNQUE EN OPINIÓN DE
ALGÚN SECTOR
DE LA DOCTRINA,
BAJO LA FORMA DE UNA
EXCESIVA FRAGMENTACIÓN

- Hermana mayor de edad que conviva con el clérigo diocesano dado de alta, desempeñe las funciones de ama de casa y no tenga derecho por otro título a asistencia sanitaria.

b. Sacerdotes castrenses. La disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional prevé que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas mediante la creación del Servicio de Asistencia Religiosa y la aprobación de las normas sobre el régimen de personal del mismo.

Lo anterior ha supuesto la creación de un cuerpo específico de clérigos conocidos como los sacerdotes del Arzobispado Castrense. Respecto a estos sujetos el art. 13 del Real Decreto 1145/1990, de 7 de diciembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas, dispone que los que se incorporen al servicio, tanto con carácter permanente como no permanente, serán afiliados al Régimen General de la Seguridad Social.

A estos efectos quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena en la siguiente forma:

a) La acción protectora será la correspondiente al Régimen General con las exclusiones de Protección a la familia y desempleo.

b) La base y el tipo de cotización para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora serán los previstos en la legislación vigente para los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

c) Los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social serán asumidos por el Ministerio de Defensa.

d) Cuando en el ejercicio de sus funciones requieran asistencia sanitaria podrán recibir dicha asistencia en las instalaciones hospitalarias del Ministerio de Defensa en igualdad de condiciones que el personal militar.

Respecto a los capellanes de hospitales públicos, cabe distinguir dos supuestos según haya actuado la Administración hospitalaria:

1. Si optó porque los capellanes de los hospitales de su titularidad fuesen contratados laboralmente, éstos deben ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁶.

¹⁶ SSTSJ de Madrid de 27 de noviembre de 1997 (AS 1997, 4258) y 25 de junio de 1998 (AS 1998, 2602).

2. Si optó por cubrir el servicio mediante un convenio con el obispo del lugar, el capellán del hospital actúa no como trabajador por cuenta ajena, sino como sacerdote encuadrado en una diócesis y debe considerarse como asimilado¹⁷.

Respecto a la protección social de los sacerdotes, sacerdotes, religiosos y religiosas de la Iglesia Católica secularizados, el gobierno debe presentar un informe sobre medidas a adoptar en relación a este colectivo que posibilite la mejora de los mecanismos de financiación del incremento de la pensión de jubilación, reconocido al amparo de la disposición adicional décima de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹⁸.

Por último, en principio los misioneros laicos desplazados al extranjero quedan fuera del ámbito del Régimen General de la Seguridad Social. Por otro lado, la actividad de los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica en el ámbito de la comunidad religiosa, a las órdenes de sus superiores, debe considerarse autónoma y no como actividad laboral¹⁹. Ello justifica que esta actividad sea objeto de protección por la Seguridad Social mediante la incorporación de estos colectivos al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos²⁰.

3.2.3 Miembros de Culto de otras Iglesias y Confesiones

a. Testigos de Jehová. El artículo 1.1 del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del clero, establece que los clérigos de la Iglesia Católica y demás ministros de otras iglesias y confesiones religiosas debidamente inscritas en el correspondiente Registro del Ministerio de Justicia, quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

En razón de la actividad desempeñada por los referidos clérigos y ministros de culto, tal inclusión ha de llevarse a efecto mediante su asimilación a trabajado-

NO DEBEN MANTENERSE
REGÍMENES QUE REBAJEN
EL NIVEL DE LA ACCIÓN
PROTECTORA NI TAMPOCO
PARECE DE RECIBO EL
MANTENIMIENTO DE
DETERMINADAS VENTAJAS
POR MOTIVOS
QUE PERTENECEN
AL PASADO

res por cuenta ajena. Respecto a los Testigos de Jehová²¹, el Real Decreto 1614/2007, de 7 de diciembre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España, determina que estos miembros quedan asimilados a trabajadores

por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

La acción protectora, por lo que respecta a este colectivo, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes exclusiones:

- a) Incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- b) Desempleo.

Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán en todo caso como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para éstos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por último, la confesión religiosa de los Testigos Cristianos de Jehová en España, dentro de la que se encuentra integrada la Orden religiosa de los Testigos de Jehová, asumirá los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁷ Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero.

¹⁸ Disposición Adicional vigésimo tercera Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de Seguridad Social.

¹⁹ STC 63/1994, de 28 de febrero.

²⁰ Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, por el que se incorpora al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica y Orden Ministerial de 19 de abril de 1983.

²¹ Se entenderá por miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová las personas que, como ministros ordenados, se dediquen de forma permanente a funciones misionales, pastorales o de formación religiosa, así como también, de forma complementaria, a otras actividades que resulten necesarias para el cumplimiento de los fines de la confesión religiosa en la que están integrados (art. 2 Real Decreto 1614/2007, de 7 de diciembre).

b. Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España²²

El Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), suscrito el 28 de abril de 1992 y que figura como anexo a la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, prevé, en su artículo 5, que, también de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE queden incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, precisando que tal inclusión se llevará a efecto a través de la asimilación de los aludidos Ministros a trabajadores por cuenta ajena.

A fin de dar cumplimiento a las previsiones normativas enunciadas se hace preciso dictar el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España²³.

La acción protectora será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con la única exclusión de la protección por desempleo.

Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán, en todo caso, como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para éstos en el Régimen General de la Seguridad Social²⁴.

c. Miembros de culto de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España.

A los Ministros de este Culto, incorporados al Régimen General de la Seguridad Social en virtud de la Orden de 2 de marzo de 1987, les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social.

men General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a partir de la fecha de su entrada en vigor y comentado en el apartado anterior²⁵.

d. Dirigentes e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España²⁶

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo de Cooperación incluido como anexo a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, los dirigentes religiosos islámicos y los imanes de las comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España (CIE) e inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

Los términos y condiciones de esta asimilación se contemplan en el Real Decreto 175/2006, de 10 de febrero, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España.

Así, respecto a la acción protectora, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con la única exclusión de la protección por desempleo.

Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán, en todo caso, como común y no laboral, respectivamente, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para éstos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por último, a efectos de lo previsto en el Real Decreto mencionado, las respectivas comunidades asumirán los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

²² Se entenderá por Ministro de Culto la persona que esté dedicada, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa, siempre que no desempeñe las mismas a título gratuito (art. 2 Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo).

²³ Esta norma se encuentra modificada, con relación a aspectos de cotización por el Real Decreto 1138/2007, de 31 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

²⁴ En la STS de 15 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4253), se resolvió que no existe ninguna causa para que esta regulación deba ser declarada nula ni puede considerarse discriminatoria o que atente contra el principio de igualdad.

²⁵ Resulta interesante el problema analizado por la STC 128/2001, de 4 de junio, respecto a la cotización de este colectivo.

²⁶ Se entiende por dirigentes religiosos islámicos y por imanes las personas que, con carácter estable, se dediquen a la dirección de las comunidades islámicas a las que se refiere el artículo anterior, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica, siempre que no desempeñen tales funciones a título gratuito.

e. Clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España. En virtud del Real Decreto 822/2005, de 8 de julio, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España, quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España.

Esta asimilación se produce con una serie de condiciones. Así, respecto a la acción protectora, por lo que respecta a este colectivo y a sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes exclusiones:

- a) Incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo.
- b) Desempleo.

Las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán, en todo caso, como común y no laboral, respectivamente, y les será de aplicación el régimen jurídico previsto para éstos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por último, el Patriarcado de Moscú asumirá los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

f. Ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España. Se consideran ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de Rabino, desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan.

El art. 5 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, determina que de acuerdo con lo dispuesto

en el art. 1 del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, los ministros de este colectivo que queden incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena en las mismas condiciones que la legislación vigente establece para los clérigos de la Iglesia Católica, con extensión de la protección a su familia. Las Comunidades respectivas asumirán los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

3.2.4 Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares

No es pacífica la doctrina sobre la calificación jurídica de estos trabajadores. No obstante, en la actualidad, los conductores al servicio de particulares se consideran como empleados de hogar, lo que supone su consideración como trabajadores por cuenta ajena pero incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social²⁷.

La misma conclusión cabe aplicar a aquellos trabajadores que desempeñan actividades de jardinería en casas particulares a cambio de una remuneración²⁸.

3.2.5 Personal dependiente de las Administraciones Públicas, funcional y no funcional

Dentro de este personal hay que referirse a los siguientes colectivos:

a. Personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades, estando incluidos:

- Personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado (art. 97.2 c) LGSS).
- Personal civil no funcionario dependiente de Organismos y Entidades de la Administración Local, siempre que no estén en virtud de una Ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social (art. 97.2 d) LGSS), y que implica la inclusión no sólo del personal laboral sino también de los contratados en régimen de derecho administrativo²⁹.

²⁷ STS de 30 de junio de 1992 (RJ 1992, 5198). También se incluyen dentro del Régimen General las actividades de jardinería combinadas con el cuidado de una manada de perros.

²⁸ Estos trabajadores se incluirán en el Régimen Especial del Hogar familiar siempre y cuando desarrollen su actividad formando parte de las tareas consideradas como domésticas, STS de 12 de diciembre de 1990 (RJ 1991, 621).

²⁹ SSTs de 13 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8394), 3 de junio de 1997 (RJ 1997, 5176) y 25 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9283).

- Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares³⁰.

- Altos cargos de la Administración no funcionarios (art. 97.2 h) LGSS).

b. Funcionarios no sujetos al régimen de clases pasivas, incluyendo dentro de este grupo:

- Funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos o escalas de funcionarios que no están sujetos al Régimen de Clases Pasivas, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las CCAA (art. 97.2 h) LGSS y disposición adicional 3ª Ley 30/1984).

- Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA y cuyo ingreso se produzca en alguna de las escalas propias de la Comunidad Autónoma, continuarán con su sistema de Seguridad Social que tuvieran reconocido anteriormente, asumiendo las CCAA las obligaciones que Estado o Corporaciones Locales hubieran adquirido para este personal.

- Funcionarios interinos y sustitutos (jueces, fiscales y secretarios judiciales)³¹ de la Administración de Justicia quedan integrados en el Régimen General de la Seguridad Social. También se incluyen los magistrados suplentes pero no los eméritos³².

- Funcionarios que por razones de justificada necesidad y urgencia se contratan por la Administración de forma interina y actúen mientras no se desempeñen estas funciones por funcionarios de carrera.

c. Miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva/parcial. Se trata de supuestos en que los miembros de corporaciones locales perciben retribuciones en el

ejercicio de sus cargos por desempeñarlos con dedicación exclusiva, lo que obliga a que estas Corporaciones les den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y coticen por ellos en las cantidades que correspondan³³.

Estas corporaciones deberán solicitar de la TGSS la afiliación y/o alta en el Régimen General de la Seguridad Social de aquellos miembros que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva, salvo que sean funcionarios de la propia Corporación para la que hayan sido elegidos, o funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas, incluidos en el Régimen de Clases Pasivas³⁴.

Cuando desempeñen sus cargos con dedicación parcial, las retribuciones que perciban corresponderán al tiempo dedicado a las mismas, debiendo ser dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumiendo las Corporaciones las correspondientes cuotas empresariales.

Esta inclusión de los miembros de corporaciones locales ha sido ampliada por la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales, al contemplar a los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales,

Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto en los artículos 74 y 75, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local³⁵.

LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL TIENDEN
A EXPANDIRSE POR SU
VOCACIÓN NATURAL
DE PROTEGER A TODA
PERSONA EN ESTADO DE
NECESIDAD

³⁰ Respecto a este personal se ha declarado extinguido el sistema específico de cobertura de asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral, puesto que se considera integrado plenamente en el Régimen General de la Seguridad Social (Real Decreto 1314/2001, de 30 de noviembre, por el que se declara extinguido el sistema específico de cobertura de la contingencia de asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos del Ministerio de Defensa).

³¹ Real Decreto 960/1990 de 13 de julio, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino al servicio de la Administración de Justicia, modificado por RD 4/2006.

³² Real Decreto 4/2006. STS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7253).

³³ Art. 75.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

³⁴ OM de 12 de marzo de 1986.

³⁵ Art. 205.4 LGSS: "También estarán comprendidos en la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título para los trabajadores por cuenta ajena, los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares."

Sobre todos estos sujetos, además, se amplía la cobertura de las prestaciones al incluir también la prestación por desempleo modificando el art. 205.4 LGSS. Esta protección sólo surte efectos respecto a las situaciones legales de desempleo producidas tras el 9 de diciembre de 2006, fecha de la entrada en vigor de la Ley 37/2006³⁶.

d. Funcionarios de servicios sanitarios, dentro de los cuales debemos mencionar a los siguientes grupos de trabajadores:

- Personal docente universitario con plaza asistencial vinculada³⁷. Este grupo se encuentra incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. No obstante, se les concedió la opción de mantenerse en el Régimen General de la Seguridad Social siempre que lo manifestaran en los cuatro primeros meses del ejercicio 2000, si bien, el personal docente universitario, que hubiera optado por pertenecer al Régimen General de la Seguridad Social, quedará obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado cuando, continuando su función docente, se desvinculara por cualquier motivo de la plaza de facultativo especialista que originó en su momento el derecho de opción.

Además debe especificarse que catedráticos y profesores de universidad que, por haber pasado a desempeñar plazas vinculadas con las instituciones sanitarias de la Seguridad Social en virtud de conciertos suscritos con posterioridad al 1 de enero de 2000, no hayan podido acogerse a la opción prevista en el artículo 27.1 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, y que a la entrada en vigor de dichos conciertos se hallaran desempeñando una plaza de catedrático o profesor de cuerpos universitarios y otra complementaria como personal estatutario o asimilado de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, podrán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2002 y con efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen General de la Seguridad Social o encuadra-

dos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado³⁸.

- Médicos, practicantes y matronas titulares de los Servicios Sanitarios Locales. Según dispone el art. 115.1 LGSS 1974, cuando las circunstancias geográficas, demográficas y laborales de una localidad lo aconsejen, a juicio y según las condiciones que al efecto fije el Ministerio de Trabajo, a propuesta de la Entidad Gestora, los Médicos, Practicantes y Matronas titulares de los Servicios Sanitarios locales tendrán el derecho y el deber, exclusivamente por el tiempo que dure su nombramiento como tales, de desempeñar los servicios sanitarios correspondientes, respectivamente, a plazas de Médicos generales, Practicantes y Matronas del Régimen General de dicha localidad³⁹.

Respecto a este colectivo que, por haber simultaneado legalmente las propias funciones de sus Cuerpos con los servicios correspondientes a plazas de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, estuvieran respectivamente incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen general de la Seguridad Social, y en los que se dé la circunstancia de que, antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dicho doble desempeño de funciones se haya transformado en una única prestación de servicios, deberán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2001 y con fecha de efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen General de la Seguridad Social o encuadrados en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Igualmente, los funcionarios de los Cuerpos mencionados cuando, en los mismos supuestos, pasen, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de desempeñar dos prestaciones a una única, deberán ejercitar la misma opción en el plazo de seis meses desde que se produzca dicha circunstancia, a cuyo fin se tomará la fecha de ésta como la de efectos de la opción⁴⁰.

³⁶ El tipo de cotización por desempleo será el establecido en cada momento con carácter general para la contratación de duración determinada a tiempo completo o parcial.

³⁷ Art. 27 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social.

³⁸ Si transcurrido el indicado plazo no se ejercitara expresamente la opción a la que se refiere el párrafo anterior, el citado personal docente universitario quedará obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, causando la consiguiente baja en el Régimen General de la Seguridad Social.

³⁹ Los funcionarios de estos cuerpos aparecen en la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Sanitarios Locales.

⁴⁰ Si transcurridos los respectivos plazos indicados no se ejercitara expresamente la opción a que se refieren los dos párrafos anteriores, el citado personal quedará obligatoriamente incluido en el Régimen general de la Seguridad Social, causando la consiguiente baja en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

- Médicos de asistencia médico-sanitaria y de accidentes de trabajo. Con efectos del día 1 de enero del año 2000 se extinguirá el régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo.

La Administración General del Estado determinará reglamentariamente, en el plazo máximo de seis meses, los derechos que, de acuerdo con la naturaleza del régimen de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo, corresponden, en su caso, a los interesados como consecuencia de la extinción y liquidación del citado régimen; que se ha traducido en la integración de este colectivo, sin especialidad alguna, dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

3.2.6 Personal de Alta Dirección

La regulación de este personal ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años, dando lugar a un art. 97.2 a) y k) LGSS con diferentes redacciones que vienen a actualizar la norma a los criterios jurisprudenciales que se han ido asentando. Una visión de estos dos párrafos nos lleva a mantener las distintas situaciones contempladas:

a. Quedan excluidos del Régimen General de la Seguridad Social:

- Socios que desempeñen la función de consejeros en empresas capitalistas. Se trata de unos sujetos que no realizan actividad laboral en la empresa ni desempeñan cargos de administración específica ni poseen el control efectivo.

- Socios de sociedades capitalistas cuyo objetivo es la mera administración del patrimonio de los socios⁴¹ y con independencia de que sean administradores o no.

b. Están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social:

- Personal de alta dirección, regulado bajo la relación laboral de carácter especial del art. 2.1-a ET, siempre y cuando no pertenezcan al órgano de administración, excepto que por razón de su actividad corresponda su inclusión como trabajadores en algún Régimen Especial.

- Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no tengan participación mayoritaria en el capital social y con independencia de que formen parte del órgano de administración.

- Consejeros y administradores que formen parte de su órgano de administración y desempeñen funciones de gerencia o administración, con independencia de que sean retribuidos por el ejercicio de su actividad o bien perciban otra remuneración por trabajar en otro puesto de trabajo⁴².

c. Están incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos:

Altos directivos que desempeñan el cargo de administrador ejecutivo no retribuido como tal, pero que reciben una retribución derivada de su condición de trabajadores por cuenta ajena con el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad y con independencia de que sean o no socios.

3.2.7 Laicos o seculares al servicio de entidades o instituciones eclesíásticas

En materia de Seguridad Social, y por acuerdo con la jerarquía eclesíástica competente, la LGSS insta a regular la situación de los trabajadores laicos o seculares que presten sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la Iglesia y cuya misión principal consista en ayudar directamente a la práctica del culto⁴³.

Como mantiene la doctrina constitucional no existe impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la Comunidad a la que pertenece cuando tal actividad se subsume dentro de la participación en la actividad productiva ni, en consecuencia, para determinar su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁴.

3.2.8 Personas al servicio de entidades o instituciones de carácter benéfico

En estos casos debe acudir a la cobertura del Régimen General de la Seguridad Social en tanto que la actuación del empresario, con o sin ánimo de lucro, no

⁴¹ Estas sociedades se regulan en el art. 75.1 a) Ley

⁴² Si bien estos trabajadores pertenecen al Régimen General, se les excluye de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

⁴³ Aunque el precepto se vincule con una determinada actividad, puede hacerse extensivo a otras actividades desarrolladas por los laicos sin necesidad de que haya una conexión con la práctica del culto, como, por ejemplo, las catequistas.

⁴⁴ STC 63/1994, de 28 de febrero.

afecta a la calificación de la relación jurídica como laboral. Cabría entender excluidos aquellos servicios que se prestan de forma voluntaria o de amistad, y sin mediar retribución, a entidades de esta naturaleza⁴⁵.

3.2.9 Trabajadores dedicados a la operaciones de manipulado, empaquetado, envasado y comercialización del plátano

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, introdujo en la LGSS la disposición adicional vigésimo novena. A través de esta disposición quedan obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores que realicen las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, tanto si dichas labores se llevan a cabo en el lugar de producción del producto como fuera del mismo, ya provengan de explotaciones propias o de terceros y ya se realicen individualmente o en común mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las cooperativas en sus restantes clases.

Esto obliga a que no tengan la consideración de labores agrarias las operaciones indicadas en el apartado anterior sobre dicho producto, aunque al mismo empresario presten servicios otros trabajadores dedicados a la obtención

directa, almacenamiento y transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio del propio producto.

3.2.10 Personal al servicio de notarias, registro de la propiedad y oficinas o centros similares

La Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, establecía la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social de todos los trabajadores por cuenta ajena de las distintas ramas de la actividad económica.

No obstante, la propia Ley en su disposición transitoria 5ª. 11 exceptuaba, con carácter transitorio, la inclusión inmediata de determinados colectivos que gozaban en ese momento de un régimen específico de protección social; excepción que, por el carácter transitorio de la misma, no estaba llamada a perdurar en el

tiempo y a la que el Gobierno debería poner fin, procediendo a la integración en el correspondiente Régimen General de la Seguridad Social de los colectivos a los que afectaba dicha excepción, a la vez que debería establecer las condiciones económicas que compensaran en cada caso las integraciones acordadas.

Ante el exceso de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la citada Ley de Seguridad Social sin que se hubiera puesto fin a la referida excepción que, por su carácter de transitoriedad, debería haber desaparecido en un tiempo prudencial, y sin que se hubieran dictado las disposiciones normativas adecuadas para establecer las condiciones en que tales integraciones deberían producirse, el Gobierno, en cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria sexta LGSS 1974, y que en la actualidad ha de ser referida a la disposición transitoria octava del vigente texto refundido de la LGSS, que recoge el contenido de la citada disposición transitoria quinta de la Ley de 21 de abril de 1966, procedió mediante el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, a establecer las condiciones en que las integraciones de referencia deberían producirse.

El colectivo de activos y pasivos de la Mutualidad de Empleados de Notarías se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, no obstante lo cual aquél permanece en parte al margen de la acción protectora del mismo, por lo que siendo de aplicación a dicho colectivo el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, procede su integración en el Régimen General de la Seguridad Social.

La integración del referido colectivo en el Régimen General surtirá efectos respecto de las prestaciones que comprende la acción protectora de dicho Régimen no afectando, en consecuencia, a las que tengan naturaleza complementaria de la misma.

Esta integración se produce a través de la Orden de 21 de febrero de 1996, determinando que el personal activo que esté integrado en la Mutualidad de Empleados de Notarías al que le es de aplicación el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, cotizará al Régimen General de la Seguridad Social desde el día 1 de marzo de 1996, por todas las contingencias.

Esta inclusión se justifica por la naturaleza jurídica administrativa de su relación, a la que se le ha reconocido, vía jurisprudencial, el carácter laboral⁴⁶.

UNO DE LOS PROBLEMAS
A MEDIO RESOLVER DEL
SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL ES EL RELATIVO A
LA INTEGRACIÓN DE LOS
RÉGIMENES

⁴⁵ La STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5739), considera que en estos casos no media una relación laboral sino de carácter amistoso o benévolo.

⁴⁶ Entre otras, SSTs de 16 de enero de 1986 (RJ 1986, 232) y 17 de abril de 1986 (RJ 1986, 2193).

Respecto al personal auxiliar del registro de la propiedad quedó integrado en el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁷.

3.2.11 Trabajadores de comunidades y asociaciones de regantes para el aprovechamiento colectivo de las aguas

Diversas sentencias del Tribunal Supremo han determinado que las labores de regadores, acequeros, etc., al servicio de las comunidades de regantes, sindicatos de riego, cooperativas, etc., destinadas a facilitar agua para el riego de las concretas explotaciones agrarias no tiene la condición de labores agrícolas a los efectos de su inclusión dentro del campo de aplicación del Régimen Especial Agrario⁴⁸.

Esto determina que las entidades que acudan a los servicios de este personal para actividades de captación, elevación, conducción, distribución, depuración y tratamiento de aguas públicas o privadas, debe dar de alta y cotizar por dicho personal en el Régimen General de la Seguridad Social.

22

3.2.12 Trabajadores con prestación de servicios en labores agrarias e incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social

La jurisprudencia ha colocado en el Régimen General de la Seguridad Social a colectivos de trabajadores que realizan labores vinculadas estrechamente con el mundo agrario sin que deba admitirse el encuadramiento de estos trabajadores en el Régimen Especial Agrario. Concretamente, nos referimos:

a. Labores de tala de árboles. Los trabajadores de estas empresas deben encuadrarse en el Régimen General, en tanto que la titularidad de los lugares donde se desempeña la actividad de la empresa no le pertenece a la misma, sino a la persona o empresa que les encomienda la tala forestal⁴⁹.

b. En empresas dedicadas a la prestación de servicios de prevención y extinción de incendios a ex-

EL FUTURO TAMBIÉN
PASA POR UNA CIERTA
HOMOGENEIZACIÓN DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL
DE AMBOS RÉGIMENES
[RETA Y RÉGIMEN
GENERAL]

plotaciones agrarias sus trabajadores deben quedar integrados en el Régimen General en tanto que la actividad de estas empresas no se considera específicamente agraria, sino de prestación de servicios para la conservación de las mencionadas explotaciones⁵⁰.

3.2.13 Profesores Universitarios

Dentro de este apartado deben mencionarse las reglas de aplicación del régimen de Seguridad Social en profesores eméritos, asociados y visitantes, contenidas en la disposición vigésimo segunda de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

a. Profesores eméritos. No serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

b. Profesores asociados y visitantes. Podemos encontrarnos con las siguientes situaciones:

- Los que sean funcionarios públicos sujetos al régimen de clases pasivas del Estado continuarán con su respectivo régimen, sin que proceda su alta en el régimen General de la Seguridad Social, por su condición de profesor asociado o visitante.
- Los que estén sujetos al Régimen General de la Seguridad Social o a algún Régimen Especial distinto al señalado en el apartado a) serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Los que no se hallen sujetos a ningún régimen de previsión obligatoria serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁴⁷ En un principio se encuadró en la Mutuality Laboral de Comercio hoy integrada en el INSS por Resolución de 28 de febrero de 1974.

⁴⁸ SSTs de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 7051) y 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 5959).

⁴⁹ Y ello, "porque aunque la actividad forestal es un verdadero cultivo agrícola, en cuanto requiere tareas de poda, riego, etc., no todas las operaciones de explotación forestal son agrarias" SSTs de 12 de febrero de 1992 (RJ 1992, 984), 15 de junio de 1992 (RJ 1992, 4578), 6 de abril de 1993 (RJ 1993, 2912) y 15 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7600).

⁵⁰ La STS de 19 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4834), admite que las actividades de estas empresas son indispensables para la supervivencia de las explotaciones agrarias, "pero que no corresponden a su ciclo productivo de cuidado del desarrollo biológico de seres vivos animales o vegetales, ni tampoco a las labores u operaciones complementarias incluidas en el Régimen Especial Agrario".

3.2.14 Otros profesionales de la educación

La Circular de la TGSS 5-042 de 19 de octubre de 1998, introdujo en el Régimen General de la Seguridad Social a los profesores de formación que realicen actividades laborales en el ámbito de los programas de formación ocupacional.

3.2.15 Becarios de Investigación

La regulación de este colectivo se contemplaba en el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación, que incorporaba a los becarios de investigación al Régimen General de la Seguridad Social a partir del 4 de noviembre de 2003.

Esta norma ha sido sustituida por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, que amplía el ámbito subjetivo y establece una relación jurídico-laboral dentro del marco normativo general para los dos últimos años de la formación del investigador.

Tienen la condición de personal investigador en formación aquellos graduados universitarios que sean beneficiarios de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica a través, como mínimo, de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, sin perjuicio de las especialidades previstas en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (art. 1).

Las situaciones jurídicas en las que el personal investigador en formación podrá encontrarse son las siguientes (art. 4):

a) De beca, que comprenderá los dos primeros años desde la concesión de la ayuda.

b) De contrato, que, una vez superado el período de beca y obtenido el Diploma de Estudios Avanzados o documento administrativo que lo sustituya de acuerdo con la nueva estructura de enseñanzas adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior, comprenderá, como máximo, los dos años siguientes. Para esta etapa, el personal investigador en formación formalizará un contrato laboral con el organismo, centro o institución al que esté adscrito.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social:

- El personal investigador en formación de beca, queda asimilado a trabajador por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. La acción protectora será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con la única exclusión de la protección por desempleo.

Se considerará accidente de trabajo el que sufran los beneficiarios de programas de ayuda a la investigación con ocasión o como consecuencia del desempeño de las tareas y funciones inherentes a su actividad. Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia de las tareas y funciones efectuadas por el personal investigador en formación de beca en las actividades especificadas por la normativa reguladora de enfermedades profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias señaladas para cada enfermedad en la normativa anteriormente citada⁵¹.

La entidad que otorgue la beca asumirá los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social, de manera que la incorporación al Régimen General de la Seguridad Social, con la consiguiente afiliación y/o alta, así como su baja, se hará efectiva a partir de la fecha concreta en la que se acredite el inicio o cese de la actividad del beneficiario.

En consecuencia, al personal investigador en formación que quede incluido en el Régimen General de la Seguridad Social no le será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 270/1990, de 16 de febrero, por el que se incluyen en el régimen del seguro escolar los alumnos que cursen el tercer ciclo de estudios universitarios conducentes al título de Doctor.

- El personal investigador en formación de contrato. Este colectivo disfruta de los derechos de carácter laboral y de Seguridad Social, derivados del contrato de trabajo en prácticas que formalicen con el centro de investigación o universidad para la que presten sus servicios. Este contrato debe cubrir como máximo, los años tercero y cuarto desde la concesión de la ayuda a la investigación, con la finalidad de realizar la correspondiente tesis doctoral⁵².

⁵¹ Desde el punto de vista de la cotización se aplicarán las normas comunes de su Régimen General, con las reglas específicas contenidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 63/2006. Además, se establece una bonificación del 30 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador en formación (disposición adicional segunda Real Decreto 63/2006).

⁵² La duración, retribución, prórrogas y extinción del contrato en prácticas se regirá por lo que establece el artículo 11.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y su normativa de desarrollo.

Por último, respecto a la protección social de los investigadores en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, dispone que antes de 31 de diciembre de 2007, la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación y la Secretaría de Estado de la Seguridad Social realizarán una evaluación conjunta de la aplicación del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, en lo tocante a la incorporación al régimen de protección social del personal becario, y adoptarán las medidas necesarias para garantizar esta incorporación a los sectores del colectivo en los que se hayan manifestado mayores dificultades, tales como los becarios en el extranjero y los titulares de becas asociados a proyectos de investigación y becas de tipo «tecnológico», entre otros⁵³.

Con esta disposición se pretende que el Real Decreto 63/2006 amplíe su ámbito subjetivo, de tal forma que la acción protectora abarque a otros colectivos y no sólo a los becarios cuya beca se les concede para la obtención del título de Doctor. Sin embargo, no se aprecia un aumento en la cobertura de la acción protectora, incluyendo prestaciones no previstas en el Real Decreto 63/2006.

24

Fruto de lo anterior ha sido la aprobación de la Resolución de 12 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, sobre encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social del personal investigador en formación y de los doctores beneficiarios de programas de ayuda a la investigación que desempeñen su actividad en el extranjero.

3.2.16 Reclusos que realicen trabajos retribuidos

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 21, encomienda al Gobierno la regulación de dos aspectos diferenciados en relación con los penados: por un lado, le habilita para articular la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios, contemplando, además, un marco de protección de Seguridad Social de este colectivo acorde con sus especiales características. Y asimismo, determina que a las cotizaciones a la Seguridad Social que hayan de efectuarse por las contingencias cuya cobertura se establezca, se les aplicarán las bonificaciones generales que se otorguen a favor de los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral o las que específicamente se fijen para este colectivo. Por otro lado, le habilita para regular la protección de Seguridad Social

AVANZAR EN ESTE CAMINO
DE LA HOMOGENEIZACIÓN
E INTEGRACIÓN
DE RÉGIMENES DEBE
CONSIDERARSE COMO
EL FUTURO MÁS SEGURO
PARA CONSEGUIR UN
SISTEMA RACIONALIZADO Y
GARANTE DE LA PROTECCIÓN
DE LOS CIUDADANOS

de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Concretamente, respecto a la acción protectora de la Seguridad Social, el art. 19 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y

la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, señala que los internos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Asimismo, estarán protegidos por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión, en los términos establecidos en el Título III LGSS⁵⁴.

El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias o el órgano autonómico equivalente competente asumirá, respecto de estos trabajadores, las obligaciones de afiliación, alta, baja y cotización, que las normas de Seguridad Social imponen al empresario.

3.2.17 Personal no funcionario al servicio de representaciones diplomáticas acreditadas en España

Tras las ratificaciones oportunas por parte de España de los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y declaraciones consulares, el procedimiento para la inclusión de este personal en el Régimen General se ha simplificado, si bien respecto a las representaciones de países con los que no exista convenio de Seguridad Social.

⁵³ Disposición adicional vigésimo primera.

⁵⁴ No quedan incluidos en la previsión contenida en este apartado los internos en régimen abierto y los que lleven a cabo otras diferentes modalidades de ocupación no productiva, tales como la formación profesional ocupacional, etc.

Para la inclusión de la totalidad del personal no funcionario al servicio de la representación se exige solicitud del jefe de la Misión Diplomática u Oficina Consular.

3.2.18 Abogados que prestan sus servicios en despachos individuales o colectivos

a. Abogados sometidos a la relación laboral especial

La disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, reconoce el carácter especial de la relación laboral de los abogados que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho, individual o colectivo, y habilita al Gobierno para que regule dicha relación laboral especial.

Según esta Ley y la Resolución de 21 de noviembre de 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se imparten instrucciones para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los abogados que mantienen relación laboral de carácter especial, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional primera de la ley 22/2005, de 18 de noviembre, los abogados sometidos a la relación laboral de carácter especial deben haber sido dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social con efectos del día 1 de febrero de 2006, debiendo ser solicitada con anterioridad a esta fecha, rigiéndose en lo restante por el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de mayo⁵⁵.

Este grupo de trabajadores se registrará por lo dispuesto en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que presten servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos⁵⁶.

Las obligaciones del empresario serán asumidas por el titular, individual o colectivo, del despacho de abogados para el que el trabajador ejerza la abogacía.

b. El ejercicio de la abogacía da lugar a la inclusión del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que sea de aplicación la disposición adicional primera de la Ley 22/2005, en los siguientes supuestos:

- Cuando se prestan servicios por cuenta ajena en las condiciones previstas por el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el empresario no sea el titular, individual o colectivo, de un despacho de abogados, tal como viene éste caracterizado por el artículo 28 del citado Estatuto General de la Abogacía.
- Cuando se trate de titulares o socios de un despacho de abogados que haya adoptado la forma de sociedad mercantil capitalista y ejerzan la abogacía en condiciones que determinen su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con el artículo 97.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la disposición adicional vigésima séptima del mismo texto legal.
- En el caso de despachos colectivos de abogados constituidos como sociedad mercantil capitalista, quienes vinieran ejerciendo el cargo de administradores en las condiciones previstas por el artículo 97.2 k) de la Ley General de la Seguridad Social y actuaran simultáneamente como abogados por cuenta de la sociedad, se debe entender que están incluidos en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena a causa de su actividad como administradores, con independencia de las relaciones jurídicas que se puedan derivar de su actividad como abogados en el seno de la sociedad.

3.2.19 Los cargos representativos de los Sindicatos

Los cargos representativos de los Sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical que ejerzan funciones

⁵⁵ Cuando la actividad del abogado se inicie con posterioridad a la fecha de publicación de la presente Resolución en el «Boletín Oficial del Estado», el alta en el Régimen General de la Seguridad Social será exigible desde el día en que se inicie la actividad.

⁵⁶ De manera detallada, sobre la protección social de este colectivo, SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., *La Contratación Laboral (especial) entre Abogados: Presente y Perspectivas*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 97 y ss.

sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución, han sido incorporados al ámbito de aplicación de la Ley General de Seguridad Social, incluyéndose expresamente en el Régimen General de la Seguridad Social por la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales⁵⁷.

Sobre todos estos sujetos, además, se amplía la cobertura de las prestaciones al incluir también la prestación por desempleo modificando el art. 205.4 LGSS. Esta protección sólo surte efectos respecto a las situaciones legales de desempleo producidas tras el 9 de diciembre de 2006, fecha de la entrada en vigor de la Ley 37/2006⁵⁸.

3.2.20 Convenios Especiales con la Seguridad Social

a. Consideraciones generales

La suscripción de convenio especial con la Seguridad Social⁵⁹ en sus diferentes tipos determinará la iniciación o la continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que el trabajador o asimilado desarrolle o haya desarrollado con anterioridad a la suscripción del convenio⁶⁰, constituyendo el «remedio normal» que la LGSS ofrece para mantener la situación de alta y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno⁶¹.

El convenio especial con la Seguridad Social tendrá como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias⁶².

Así, en las situaciones de alta o asimiladas a la de alta por convenio especial, al producirse el respectivo hecho causante se otorgarán, si se reúnen los requisitos necesarios, las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, quedando asimismo excluidas la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, sin perjuicio de las modalidades de convenio especial que se regulan en el Capítulo II de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social⁶³.

No obstante, no debe olvidarse que la finalidad del convenio no es el libre establecimiento de cualquier clase de prestaciones complementarias de carácter privado, sino el de dar continuidad al alta en el régimen que corresponda, a los efectos de gozar de las prestaciones y beneficios correspondientes que se otorgarán con arreglo a las normas que regula dicho régimen, de tal manera que la asimilación no puede llevar al beneficiario a adquirir derechos más allá de los que tendría si hubiese permanecido en alta y de acuerdo con las normas que le serían aplicables de encontrarse en tal situación⁶⁴.

⁵⁷ Art. 205.4 LGSS: "También estarán comprendidos en la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título para los trabajadores por cuenta ajena, los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares".

⁵⁸ El tipo de cotización por desempleo será el establecido en cada momento con carácter general para la contratación de duración determinada a tiempo completo o parcial (art. 2 Ley 37/2006).

⁵⁹ MARTÍNEZ LUCAS, J.A., *Manual práctico del Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social*, ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2005.

⁶⁰ Como señala la STSJ de País Vasco de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 4377), de mantener los derechos en curso de adquisición respecto de determinadas contingencias. En palabras de la STSJ de Andalucía de 16 de abril de 1999 (AS 1999, 1011), la suscripción de un Convenio Especial persigue generar la producción de prestaciones de contenido económico en curso de adquisición a través del mantenimiento de las situaciones de alta y cotizaciones al sistema. De manera general, MAGALLÓN ORTIN, M. y PÉREZ ALONSO, M.A., *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

⁶¹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de la Seguridad Social*, ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 472.

⁶² Un detallado estudio de los convenios especiales que se relacionan en este epígrafe puede consultarse en ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales con la Administración de la Seguridad Social*, ed. Comares, Granada, 2003.

⁶³ Modificado por Orden TAS 482/2008, de 22 de febrero.

⁶⁴ STS de 25 de enero de 1989 (RJ 1989, 295).

El convenio especial con la Seguridad Social se suscribirá con la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los órganos competentes al efecto, de acuerdo con la distribución de competencias que la misma tenga establecida⁶⁵.

b. Modalidades de convenio especial

* Convenios especiales aplicables a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y a los Diputados del Parlamento Europeo⁶⁶.

* Convenios especiales respecto de los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas⁶⁷.

* Convenio especial para los incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social español que pasen a prestar servicios en la Administración de la Unión Europea. Los incluidos en el ámbito de aplicación del Sistema español de Seguridad Social que pasen a prestar servicios en la Administración de la Unión Europea y que, por ejercer el derecho de

⁶⁵ Podrán suscribir el convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social:

a) Los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social.

b) Los trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de carácter indefinido, así como los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, siempre que unos y otros continúen en situación de alta y tengan cumplidos 65 o más años de edad y acrediten 35 o más años de cotización efectiva, y queden exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, en los términos establecidos en el artículo 112.bis y disposición adicional trigésima segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a excepción en todo caso de los trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones Públicas o en los Organismos Públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

c) Los trabajadores o asimilados en situación de pluriempleo o de pluriactividad que cesen en alguna de las actividades por cuenta ajena determinantes de la situación de pluriempleo o en la actividad o actividades por cuenta propia o en la prestación o prestaciones de servicios por cuenta ajena constitutivas de su situación de pluriactividad, en los términos regulados en el artículo 23.

d) Los trabajadores o asimilados que cesen en su prestación de servicios por cuenta ajena o en su actividad por cuenta propia y que sean contratados por el mismo u otro empresario con remuneraciones que den lugar a una base de cotización inferior al promedio de las bases de cotización correspondientes a los días cotizados en los doce meses inmediatamente anteriores a dicho cese.

e) Los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual que, con posterioridad a la fecha de efectos de la correspondiente pensión, hayan realizado trabajos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social y se encuentren en las situaciones previstas en los apartados anteriores.

f) Los trabajadores que se encuentren percibiendo prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo y se les extinga el derecho a las mismas o pasen a percibir el subsidio por desempleo, así como los que cesen en la percepción de este último.

g) Los pensionistas de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, que sean declarados plenamente capaces o con incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría o error de diagnóstico.

h) Los pensionistas de incapacidad permanente o jubilación a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se extinga la misma por cualquier otra causa.

i) Los trabajadores o asimilados que causen baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social por haber solicitado una pensión del mismo y ésta les sea posteriormente denegada por resolución administrativa o judicial firme.

j) Los demás trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena o asimilados, en los supuestos especiales que se regulan en el Capítulo II de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

⁶⁶ Las Cortes Generales podrán suscribir convenio especial respecto de aquellos Senadores y Diputados que lo deseen a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, aun cuando con anterioridad aquéllos hubieren estado encuadrados en alguno de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. La suscripción de este convenio especial determinará para los beneficiarios la consideración de situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de la fecha de constitución de la legislatura para la que fueron elegidos o, en su caso, desde la posterior fecha de adquisición de la condición de Senador o Diputado de Las Cortes Generales o a partir de la fecha de la solicitud por los Diputados al Parlamento Europeo

⁶⁷ El convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en favor de sus miembros se regirá por lo establecido en el Real Decreto 705/1999, de 30 de abril. El convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social y los Gobiernos de

opción que les concede el artículo 11, apartado 2, del anexo VIII del Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea, causen baja en el Sistema español de Seguridad Social, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 2072/1999, de 30 de diciembre, sobre transferencias recíprocas de derechos entre el sistema de previsión social del personal de las Comunidades Europeas y los regímenes públicos de previsión social españoles, podrán continuar en situación asimilada a la de alta en el Sistema de Seguridad Social español si continuaren acogidos al convenio especial con el mismo que tuvieran suscrito con anterioridad o lo suscribieran posteriormente en el plazo, condiciones y efectos establecidos en el Capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

* Convenio especial para los españoles que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales. La suscripción del convenio especial a que se refieren los Reales Decretos 2805/1979, de 7 de diciembre, 1975/1982, de 24 de julio, 317/1985, de 6 de febrero, y 1658/1998, de 24 de julio; se regirá por lo dispuesto en el Capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, con las particularidades previstas en el artículo 14 de la mencionada Orden.

* Convenio especial para los emigrantes españoles e hijos de éstos que trabajen en el extranjero. De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes, podrán solicitar y suscribir esta modalidad de

LA PARCELACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL SE JUSTIFICA, ENTRE OTRAS RAZONES, POR LA NECESIDAD DE ADAPTARSE A UNAS REGLAS PENSADAS PARA EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

convenio especial, con el alcance que se determina en el artículo 2 de dicho Real Decreto:

1. Los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social.

2. Los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean nacionalidad española y sea cual fuese el país en el que trabajen, en el momento de su retorno a territorio español, siempre que no se hallen incluidos obligatoriamente en algún régimen público de protección social en España.

3. Los seglares, misioneros y cooperantes, dependientes de la Conferencia Episcopal, Diócesis, Órdenes, Congregaciones y otras Instituciones religiosas así como de organizaciones no gubernamentales, que tengan nacionalidad española y que sean enviados por sus respectivas organizaciones o instituciones a los países extranjeros, sin mediar relación laboral con éstas, los cuales, en los supuestos a que se refieren los apartados precedentes, tendrán la consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial.

* Convenio especial para la cobertura de la asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos. Esta modalidad de convenio especial tiene como objeto el otorgamiento de las prestaciones de asistencia sanitaria, dentro del territorio español y en la extensión establecida para la misma, por las contingencias comunes de accidente no laboral, enfermedad común, maternidad y riesgo durante el embarazo en el Régimen General de la Seguridad Social.

* Convenio especial de asistencia sanitaria respecto de trabajadores españoles que realicen una actividad por cuenta propia en el extranjero.

* Convenio especial durante la situación de alta especial como consecuencia de huelga legal o cierre patronal⁶⁸. Los trabajadores que se encuentren en la

las Comunidades Autónomas en favor de sus miembros se regirá por lo dispuesto en la Orden de 7 de diciembre de 1981, por la que se regula la suscripción de convenio especial con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas, a favor de sus miembros, en la parte de la misma no derogada por el citado Real Decreto 705/1999, de 30 de abril.

⁶⁸ ALONSO OLEA, M., "Efectos de la huelga. Suspensión de cotizaciones a la Seguridad Social y sus efectos sobre las prestaciones; en especial sobre las de desempleo", *Jurisprudencia Constitucional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Civitas, 1984, págs. 32 y ss.

situación de alta especial, prevista en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, y regulada por la Orden del Ministerio de Trabajo de 30 de abril de 1977, podrán suscribir con la Tesorería General de la Seguridad Social convenio especial cuyo objeto será el de completar las bases de cotización correspondientes a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales durante el período de huelga legal o cierre patronal legal.

* Convenio especial durante las situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes públicos, permisos y licencias.

* Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años.

* Convenio especial en determinados supuestos de reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario. Nos referimos a reducciones por cuidado de un menor, minusválido o familiar.

* Convenio especial de trabajadores contratados a tiempo parcial. Los trabajadores contratados a tiempo parcial que no estén percibiendo prestaciones de desempleo podrán suscribir convenio especial para completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial, como regla general, hasta la base mínima de cotización establecida con carácter general para su categoría profesional o en el Régimen de encuadramiento.

* Convenio especial para trabajadores que cesen en las prestaciones de servicios o actividades.

* Convenio especial de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación.

* Convenio especial para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón.

* Convenios especiales para los trabajadores de temporada en períodos de inactividad y para los comprendidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social. Podrán suscribir convenio especial con la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena incluidos en alguno de los Regímenes del Sistema por el ejercicio de trabajos de temporada llevados a cabo en una actividad que tenga ese carácter, por el período que medie entre dos temporadas consecutivas, cuando hayan trabajado, con ingreso de las correspondientes cuotas, como tales trabajadores de temporada, al menos, durante tres años dentro de los siete inmediatamente anteriores a la fecha del cese en el trabajo de temporada⁶⁹.

Asimismo podrán suscribir convenio especial con la Seguridad Social los trabajadores de temporada que presten servicios en empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales, incluidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y de Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social, que causen baja en el mismo y no queden comprendidos en cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social que tenga establecido con aquél cómputo recíproco de cuotas.

* Convenio especial para deportistas de alto nivel⁷⁰. Los deportistas de alto nivel, mayores de dieciocho años que, en razón de su actividad deportiva o de cualquier otra actividad profesional que realicen no estén ya incluidos en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, podrán solicitar su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos mediante la suscripción de un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social⁷¹.

Este convenio especial se sujetará a las particularidades establecidas en el Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendi-

⁶⁹ Un importante sector de la doctrina reclama para este colectivo un régimen jurídico propio y mínimamente detallado, CAVAS MARTÍNEZ, F., "El contrato por tiempo indefinido de fijos discontinuos", VV. AA., **La Reforma Laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo**, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 64.

⁷⁰ CARRIL VÁZQUEZ, X.M., "Sobre la problemática derivada de los criterios de inclusión de los 68 profesionales en la Seguridad Social", VV. AA., **Trabajo y libertades públicas**, ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, págs. 1157 y ss.

⁷¹ El acceso al Sistema de Seguridad Social de los deportistas profesionales ha estado vedado con carácter general hasta la década de los noventa. RUBIO SÁNCHEZ, F., **El contrato de trabajo de los deportistas profesionales**, ed. Dykinson, Madrid, 2002 e IRURZUN UGALDE, K., "La extensión subjetiva del Sistema de la Seguridad Social en el deporte profesional", *Revista Actualidad Laboral* n° 18, 1997, págs. 467 y ss. Un estudio completo puede consultarse en CARDENAL CARRO, M., **Derecho y Deporte: Las relaciones laborales en el deporte profesional**, ed. Servicio Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1996.

miento, y, en su defecto, se estará a lo dispuesto en el capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

* Convenio especial de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia⁷². El convenio especial entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, se regirá por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, y, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, por el capítulo I Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, en lo no previsto en su articulado, con las siguientes particularidades:

El convenio especial surtirá efectos desde el mismo día que la prestación económica para cuidados familiares concedida a la persona en situación de dependencia, de acuerdo con la resolución que la haya reconocido, siempre que el cuidador reúna las condiciones exigidas en los artículos 1 y 2 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, para su encuadramiento en la Seguridad Social.

En caso de que, con posterioridad a la concesión de la prestación económica a la persona por él atendida, el cuidador no profesional interrumpa la actividad por la que estuviera incluido en el sistema de la Seguridad Social o deje de encontrarse en alguna de las otras situaciones en que no procede la suscripción del convenio especial conforme al artículo 2 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, la fecha de efectos del convenio se determinará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.2 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

A efectos de la suscripción de este convenio especial, se considerará que los cuidados no profesionales alcanzan la dedicación completa a que se refiere el artículo 4.1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, cuando se presten durante 40 horas semanales.

* Convenio especial de asistencia sanitaria para pensionistas de nacionalidad suiza residentes en España. Los beneficiarios de pensiones previstas por la legislación federal suiza de Seguridad Social de esta última nacionalidad, que residan en España, podrán suscribir el convenio especial para la cobertura de la asistencia

sanitaria regulado en el artículo 16 de la presente Orden, de conformidad con lo dispuesto en el punto 17 del Protocolo Final del Convenio de Seguridad Social entre España y Suiza de 13 de octubre de 1969.

4. Sistemas Especiales

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como Sistemas Especiales colectivos con particularidades⁷³. La Ley General de la Seguridad Social prevé que, en aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse Sistemas Especiales exclusivamente en alguno o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. Estos Sistemas Especiales se crearon en el Régimen General, por ello, se rigen por las normas comunes del Régimen General, a excepción de las particularidades específicamente previstas en cada uno de ellos.

4.1 Trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública

Estarán incluidos en este Sistema Especial las empresas de estudios de mercado y opinión pública, respecto de sus trabajadores fijos discontinuos que realicen tareas de encuestación (OM de 6 de noviembre de 1989).

4.2 Trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas

Este Sistema Especial es aplicable a las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas, salas de fiesta y otros locales de espectáculos análogos, respecto al personal de su plantilla que no trabaje todos los días de la semana (OM de 17 junio de 1980).

4.3 Manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizados por cosecheros exportadores

Este sistema especial es aplicable a los empresarios cosecheros-exportadores de tomate fresco, y a los

⁷² Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

⁷³ Los Sistemas Especiales "no son sino instrumentos normativos que contemplan reglas específicas aplicables a determinados colectivos de trabajadores incluidos" en el Régimen General o Especiales, VV. AA., *Diccionario de Seguridad Social*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 651.

trabajadores eventuales o de temporada a su servicio que se dediquen exclusivamente a la manipulación y empaquetado de tomate fresco con destino a la exportación, y dentro de la campaña oficial (OM de 24 de julio de 1976).

4.4 Servicios extraordinarios de hostelería

OM de 10 de septiembre de 1973.

4.5 Industria resinera

Estarán incluidos en este Sistema Especial la totalidad de las empresas dedicadas a la explotación de pinares para la obtención de mieras y a los trabajadores del monte, resineros y remasadores, al servicio de las mismas (OM de 3 de septiembre de 1973).

4.6 Frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales

Estarán incluidos en este Sistema Especial las empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales, y a los trabajadores al servicio de las mismas, cualquiera que sea la duración prevista en sus contratos laborales, y siempre que sus actividades se realicen de manera intermitente o cíclica (OM de 30 de mayo de 1991).

5. Supuestos excluidos del Régimen General de la Seguridad Social

Quedan excluidos del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social los siguientes colectivos:

- Los que realicen trabajos amistosos, benévolos, o de buena vecindad.
- Los que desarrollen algún tipo de actividad que conceda su inclusión en algún Régimen Especial.
- Personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerar-

EN EL ÁMBITO DE
APLICACIÓN DE LA
SEGURIDAD SOCIAL SE
HAN IDO INTRODUCIENDO
DETERMINADOS
COLECTIVOS, DE TAL
FORMA QUE EL CAMPO DE
APLICACIÓN SE HA IDO
DESLABORIZANDO

se marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida (art. 7.6 LGSS).

d. No se consideran trabajadores por cuenta ajena, quedando excluidos de la legislación laboral, salvo prueba en contrario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por

consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo⁷⁴.

6. Perspectivas de futuro

6.1 Consideraciones generales

Como ha podido comprobarse en las páginas anteriores la Seguridad Social ha estado abocada a un proceso de expansión continua. En un primer momento puede afirmarse el interés en construir una Seguridad Social fragmentada en diversos regímenes y la intención de determinados colectivos de apartarse del Régimen General⁷⁵. Justifican esta parcelación, entre otras razones, la necesidad de adaptación de unas reglas pensadas para el trabajo por cuenta ajena.

Sin embargo, salvo la mencionada y pocas razones más, no debe justificarse la distinción de regímenes. No deben mantenerse regímenes que rebajen el nivel de la acción protectora ni tampoco parece de recibo el mantenimiento de determinadas ventajas por motivos que pertenecen al pasado⁷⁶.

Ello justifica una tendencia legislativa, en las últimas décadas, encaminada a homogeneizar la acción protectora concedida a los distintos Regímenes acompañada de un reajuste en las aportaciones al sistema por

⁷⁴ Sobre la calificación del cónyuge puede consultarse, entre otras, STC 49/1994.

⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A., "El ordenamiento de la Seguridad social: evolución histórica y situación actual", VV.AA., *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*, ed. IELSS, Madrid, 1984, pág. 50.

⁷⁶ GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", *Revista Foro de Seguridad Social* n° 17, 2007, pág. 7.

parte de determinados colectivos. En este sentido, han sido muchas las voces que han apostado por la conveniencia de acometer una reforma estructural en el Sistema de Seguridad Social, tendente a cumplir las previsiones del Pacto de Toledo de configurar la Seguridad Social sobre la base de dos grandes regímenes: uno el de trabajadores por cuenta ajena y otro el de trabajadores por cuenta propia o autónomos⁷⁷. Lo anterior no obsta a que podían mantenerse dentro de esta estructura simplificada algunas peculiaridades para ciertos colectivos profesionales.

En esta idea insistió el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001⁷⁸ y a ello contribuyó la normativa aprobada, con posterioridad, tendente a una mejora de la acción protectora del RETA, acercándose a la contemplada para el Régimen General⁷⁹.

Esta idea de intentar la homogeneización del sistema, orientada a conseguir una racionalización y simplificación de la estructura de la Seguridad Social ha sido avalada por el Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social de 13 de julio de 2006⁸⁰, que posteriormente adquirió la categoría legal a través de la Ley 40/2007, de 7 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social.

32

6.2 El Pacto de Toledo y las vías de homogeneización del Sistema

Resulta necesario recordar las palabras contenidas en la Recomendación Sexta del Pacto Toledo:

La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados. Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en

LA SEGURIDAD SOCIAL HA
TENIDO QUE ASIMILAR A
DIFERENTES COLECTIVOS DE
TRABAJADORES PARA IMPEDIR
LA DESPROTECCIÓN DE LOS
SUJETOS QUE DESARROLLAN
ESAS ACTIVIDADES

el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y

de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.

Queda por tanto concretar las mejores vías de hacer realidad esta nueva configuración homogénea de la estructura de la Seguridad Social. Una de ellas, en tanto no llega la tan esperada integración de regímenes, se refiere a la asimilación; y la otra a la integración, propiamente dicha, de los diferentes regímenes.

6.3 La asimilación como vía de expansión del Sistema

A lo largo de este trabajo se han recogido una veintena de supuestos en los que la Seguridad Social ha tenido que asimilar a diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena con objeto de volcar sobre ellos las ventajas del sistema de Seguridad Social. Esta necesidad surge como consecuencia de que determinadas formas de trabajo productivo deben ser cubiertas con la protección adecuada, debiendo impedirse la desprotección de los sujetos que realizan estas actividades.

En un principio, parece desprenderse del art. 7 LGSS que todos los colectivos mencionados deben incorporarse a algunos de los regímenes existentes y, en tanto que se trate de sujetos que no tengan cabida entre los enumerados, al menos en principio, no pueden estar comprendidos en ninguno de estos regímenes.

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., "El RETA se mueve," *Aranzadi Social* n° 5, 2003, págs. 10 y ss.

⁷⁸ Entre la doctrina, sobre la necesidad de reunificación de los diferentes regímenes, vid. LÓPEZ GANDÍA, J., "El acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo," *Revista de Derecho Social* n° 14, 2001, págs. 46 y ss.; MONTAÑA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CÁMARA BOTÍA, A., "Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social," *Revista CEF de Trabajo y Seguridad Social*, n° 230, 2002, págs. 99 y ss.

⁷⁹ Un estudio de esta acción protectora en CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *La acción protectora del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Cuadernos de Aranzadi Social (n° 22), ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

⁸⁰ PANIZO ROBLES, J.A., "Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: El Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006," *Revista CEF de Trabajo y Seguridad Social*, n° 281-282, 2006, págs. 159 y ss.

Admitir esta premisa sin más, supondría ir en contra del art. 41 CE que configura un Sistema de Seguridad Social universalista, si bien, estamos ante un principio rector de la política social y económica y, por tanto, no ante un derecho fundamental. Surge así, únicamente, una obligación de avanzar en esta universalización.

Con esta intención el art. 7.1 a) LGSS declara comprendidos en el Sistema no sólo a los trabajadores asalariados, sino también a quienes se encuentren asimilados⁸¹. Así, la flexibilidad de la asimilación como medio para ampliar el campo de aplicación del Sistema resulta plenamente coherente con el propósito último de alcanzar la universalidad subjetiva. Además, debe tenerse en cuenta que el precepto mencionado contiene una habilitación prácticamente en blanco, sin establecer limitaciones *a priori* que reduzcan la posibilidad de introducir supuestos particulares que en el momento actual parecen imposibles de prever⁸².

En esta labor de asimilación, el poder ejecutivo ha desempeñado un importante papel al propiciar el ingreso en el Sistema, por vía reglamentaria, en cumplimiento del art. 97.2 m) que permite la introducción de cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de la asimilación prevista en el apartado 1 de este artículo.

Diversas razones justifican el recurso frecuente a la asimilación. Así, una de las fundamentales consiste en que a través de esta técnica se puede modular la acción protectora, puesto que un determinado colectivo al ser asimilado no significa que vaya a ser equiparado al trabajador por cuenta ajena (art. 114.2 LGSS, cuya referencia debe entenderse al art. 97.2 m) LGSS).

6.4 El estado de necesidad como vía de expansión del sistema de Seguridad Social

Un interesante trabajo publicado recientemente pone de manifiesto que los sistemas de Seguridad Social tienden a expandirse por su vocación natural de proteger a toda persona en estado de necesidad. Por ello, modelos como el español, diseñan prestaciones destinadas a sujetos que no han realizado, no realizan y no realizarán actividad profesional alguna⁸³.

Estas medidas tienden a proteger a familiares, ya sean cónyuges, parejas de hecho, hijos o ascendientes. En definitiva, se exige una relación de parentesco con un trabajador que da derecho a estas prestaciones, si bien, también cabe contemplar situaciones en que la protección tiene un carácter, exclusivamente, asistencial.

En este sentido y por citar algunos ejemplos, cabe aludir a la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos, y su reglamento de desarrollo⁸⁴ que establecen determinadas ayudas para personas que no estuvieran incluidas en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social.

Igualmente, aunque ya derogado, el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del fondo nacional de asistencia social a ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, preveía ayudas económicas individualizadas y de carácter periódico con cargo a la asistencia social en favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo.

Por último, y entre otros, puede aludirse al reciente Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. A través de esta norma se pretende establecer un mecanismo de protección que garantice el derecho a percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de recursos suficientes para cubrir sus necesidades.

El Real Decreto 8/2008, regula la prestación por razón de necesidad contemplada en el artículo 19 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y comprende las siguientes prestaciones:

- a) La prestación económica por ancianidad.
- b) La prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo.
- c) La asistencia sanitaria.

⁸¹ Así, la LGSS recoge un catálogo que no constituye un *numerus clausus*. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 172.

⁸² RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Ámbito Subjetivo del Sistema Español...*, op. cit. pág. 275.

⁸³ *Ibidem*, págs. 248 y ss.

⁸⁴ Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

6.5 Unificación de Regímenes

Uno de los problemas a medio resolver del sistema de Seguridad Social es el relativo a la integración de los regímenes⁸⁵. Recomendación que se hizo en el año 1995, como ha quedado expuesto anteriormente y que debe configurarse como uno de los objetivos inminentes de nuestra estructura de Seguridad Social.

Esta Recomendación del Pacto de Toledo empieza a ser una realidad tal y como ha quedado de manifiesto en las últimas reformas y acuerdos alcanzados en materia de Seguridad Social. Concretamente, debemos referirnos a la posibilidad de que determinados trabajadores abandonen el Régimen Especial que se les venía aplicando y pasen a ser considerados bien trabajadores por cuenta propia dentro del RETA, o bien, trabajadores por cuenta ajena, en referencia a los dos grandes grupos en los que debe refundirse nuestra actual estructura.

6.5.1 Régimen Especial Agrario

Los últimos acuerdos alcanzados en esta materia apuntan a la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA y la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social⁸⁶.

Respecto a la primera, **la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA**, se aprobó el Acuerdo de 20 de noviembre de 2005 sobre Encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia. En el marco de dicho acuerdo se prevé un conjunto de medidas tendentes a la progresiva equiparación de los trabaja-

dores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario con los encuadrados en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que ha de llevar, con efectos de 1 de enero de 2008, a la integración en este último régimen de todos los trabajadores agrarios por cuenta propia, con el previo establecimiento de un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios⁸⁷.

Bajo esta perspectiva, la Ley 18/2007, incide sobre los siguientes aspectos básicos⁸⁸:

a. Ordena la integración de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con efectos de 1 de enero de 2008, avanzando, así, en la línea marcada por la Recomendación VI del Pacto de Toledo.

b. Establece, dentro del mencionado régimen, un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios que recoge los criterios básicos de la normativa de modernización de las explotaciones agrarias y que va dirigido a reforzar las garantías sociales de los pequeños agricultores y a colaborar en la mejora de las perspectivas de viabilidad del sector.

Se incide, a este respecto, en el establecimiento de mecanismos específicos de cotización⁸⁹ y en una visión globalizada de todos los componentes de la explotación familiar agraria, con especial incidencia en la incorporación de las mujeres y de los jóvenes, como base esencial para el desarrollo futuro del campo⁹⁰.

Destaca, en este sentido, el establecimiento de una reducción en la cotización de los cónyuges y

⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V., "Aspectos jurídicos de la Seguridad Social del futuro", *Revista Foro de Seguridad Social* n° 18-19, 2007, pág. 61.

⁸⁶ Con relación al proceso de integración de los trabajadores agrarios en los dos Regímenes mayoritarios de la Seguridad Social, GARCÍA ROMERO, B., **Seguridad Social Agraria: Acción Protectora**, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 192 y ss y HIERRO HIERRO, F.J., **El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social**, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

⁸⁷ GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social", VV. AA., **La Reforma de la Seguridad Social**, ed. Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 33.

⁸⁸ La Ley 18/2007, de 4 de julio, procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

⁸⁹ CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J., "Comentario al Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia", *Aranzadi Social* n° 16, 2006, págs. 10 y ss.

⁹⁰ A fin de paliar el impacto negativo que puede suponer para estos trabajadores el hecho de tener que hacer frente al pago de dos cuotas en el mismo mes, se aprobó la Resolución de 19 de diciembre de 2007, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza la ampliación del plazo de ingreso de las cuotas del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, correspondientes al mes de enero de 2008 y relativas a los trabajadores agrarios por cuenta propia que, en virtud de la Ley 18/2007, de 4 de julio, quedan incorporados al citado régimen especial desde el 1 de enero de 2008.

descendientes de los titulares de las explotaciones agrarias que se incorporen a la actividad en dichas explotaciones.

c. Finalmente, y en tanto se produce la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se procede a la modificación del campo de aplicación del Régimen Especial Agrario, en lo referente a los trabajadores por cuenta propia, de modo que el mismo se desenvuelva de forma inmediata en unos parámetros semejantes a los que constituirán en el futuro el sistema especial antes mencionado, impulsando, desde la perspectiva de la Seguridad Social, la modernización de las explotaciones agrarias y su adecuación a las exigencias actuales.

Respecto a la **integración de los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social**, deben hacerse las siguientes precisiones con relación hacia donde debe dirigirse la futura reforma⁹¹:

a. Integración en el Régimen General. Los trabajadores por cuenta ajena adscritos al Régimen Especial Agrario pasarían a integrarse en el Régimen General. Ahora bien, a los trabajadores fijos les serán de aplicación las normas comunes del Régimen General a los eventuales agrarios y fijos discontinuos agrarios se integrarán en el Régimen General, a través de un sistema especial, a efectos de cotización, que mantendrá las peculiaridades que permite el art. 11 LGSS (encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación).

b. Afiliación, altas y bajas. La afiliación se registrará por las normas del Régimen General contenidas en el art. 100 LGSS y a las altas y bajas se les aplicará en el propio sistema especial.

c. Cotización, bases y tipos. En los períodos de actividad, la base de cotización de los trabajadores por todas las contingencias estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social. En los períodos de inactividad entre campañas, la base de cotización aplicable a los trabajadores fijos discontinuos y eventuales agrarios,

y solamente a ellos, será la que se establezca anualmente en el propio Sistema Especial Agrario.

d. Prestaciones. Se prevén matizaciones en incapacidad temporal, jubilación anticipada y jubilación, así como en materia de desempleo.

6.5.2 Régimen Especial de Trabajadores del Mar

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, procede a definir, como ya se hizo con el Régimen Especial Agrario⁹² y de forma similar, el concepto de realización de actividades marinas por cuenta propia como medio fundamental de vida. Así, se presume que constituye medio fundamental de vida siempre que de las actividades del mar se obtengan ingresos para atender a sus propias ne-

cesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimos-pesqueros⁹³.

Con independencia de esta reforma, no se ha avanzado más allá en la integración de regímenes. En cuanto a la integra-

ción de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar en el RETA, simplemente se ha alcanzado el acuerdo de adoptar las medidas necesarias para impulsar la diversificación de actividades para los colectivos que quieran complementar la recolección y cultivo de especies marinas con procesos de manipulación, envasado y comercialización de las mismas⁹⁴.

Con relación a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial del Mar, su integración en el Régimen General de la Seguridad Social, no plantearía más problemas que los derivados de las necesidades de adaptación en materia de cotización y desempleo.

DIVERSAS RAZONES
JUSTIFICAN EL RECURSO
FRECUENTE A LA
ASIMILACIÓN. UNA DE LAS
FUNDAMENTALES CONSISTE
EN QUE A TRAVÉS DE
ESTA TÉCNICA SE PUEDE
MODULAR LA ACCIÓN
PROTECTORA

⁹¹ Estas propuestas que se indican en el estudio responden a las presentadas por las Federaciones Agroalimentarias de UGT y CCOO, y pueden consultarse de manera completa en la web: www.ugt.es/actualidad/marzo2004/propuestafta.pdf

⁹² Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (art. 10).

⁹³ Disposición Adicional séptima Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

⁹⁴ VV.AA., *Reformas de la Seguridad Social 2007*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 304.

6.5.3. Régimen Especial Empleados de Hogar

La integración de este régimen en el Régimen General de la Seguridad Social plantea numerosos problemas al integrar un colectivo muy divergente (fijos, discontinuos, tiempo parcial). Resulta criticable que aún no se hayan alcanzado los acuerdos necesarios, a pesar de la intención manifestada en el Acuerdo de 13 de julio de 2006, para una nueva regulación de este colectivo que tienda a la integración o, al menos, al reconocimiento de una serie de derechos básicos.

6.5.4 Régimen Especial de la Minería del Carbón

La integración de los trabajadores de la minería del carbón por cuenta ajena no presentaría problema alguno salvo los derivados de cotización, que serían fácilmente salvables con la creación de un sistema especial.

6.6. Homogeneización

Acaba de exponerse que uno de los cambios que debe afrontar nuestro sistema de Seguridad Social hace referencia a la integración de Regímenes intentando que de la refundición se consoliden dos grandes regímenes, el RETA y el Régimen General de la Seguridad Social.

Pero una vez alcanzado ese objetivo el futuro también pasa por una cierta homogeneización de la protección social de ambos regímenes. Actualmente, se están realizando esfuerzos legislativos en este sentido. Así, el mencionado proceso de homogeneización, ha sido plasmado en:

a. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que exige al Gobierno la modificación de la normativa que regula la protección de los trabajadores, afectados por las mismas actividades profesionales, en los diferentes regímenes de la Seguridad Social, tendiendo a la homogeneización del nivel de protección dispensado. Esta misma norma da una redacción nueva a la disposición adicional octava LGSS.

QUEDA CONCRETAR
LAS MEJORES VÍAS DE
HACER REALIDAD ESTA
NUEVA CONFIGURACIÓN
HOMOGÉNEA DE LA
ESTRUCTURA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

b. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), prevé que la acción protectora del Régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente

para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 26.5).

Igualmente, la disposición adicional 15ª de la LETA establece que en el plazo de un año el Gobierno presentará un estudio sobre la actualización de la normativa que regula el RETA establecida esencialmente en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, parcialmente derogado, a las necesidades y exigencias actuales del colectivo de los trabajadores autónomos. Este estudio preverá las medidas necesarias para fijar la convergencia en las aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos, en relación con los establecidos por los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Además, la disposición final segunda de la LETA, en materia del desarrollo de derechos en materia de protección social, prevé que con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por último, avanzar en este camino de la homogeneización e integración de Regímenes debe considerarse como el futuro más seguro para conseguir un sistema racionalizado y garante de la protección de los ciudadanos, convirtiéndose el Estado social en el que vivimos en una realidad cada vez más papable y eficaz. ●

LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU PROGRESIVA REFORMA. LOS COLECTIVOS ESPECIALES DEL RÉGIMEN GENERAL

Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA

Dr. en Derecho. Profesor Titular (EU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

37

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Cuando se analizan los sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social se puede uno preguntar *¿Cuál será el criterio delimitador de este régimen?*

La respuesta parece que se podría encontrar en la combinación de los artículos 97 y 7.1 a) de la LGSS. Examinados ambos se verá como una recta comprensión no puede olvidar el análisis completo del artículo 7 en relación a los artículos 8 a 11 de la LGSS.

La lectura de estos preceptos nos va a llevar a pensar que hay unos criterios delimitadores personales (edad, nacionalidad, residencia, sexo, estado civil) y profesionales (el desarrollo de una actividad).

Los elementos de tipo personal (salvo el de la edad) son comunes a todos los regímenes que integran el sistema y su tratamiento ya ha sido de objeto de estudio en capítulos precedentes a este. Interesa más detenerse en los de tipo profesional. Su conocimiento debería bastar con el análisis de los artículos 7.1. a) y 97 de la LGSS (y su desarrollo reglamentario por la O. 28-12-1966), sin olvidar diversas Disposiciones Adicio-

nales (3ª, 4ª y 29ª) y Transitorias (8ª y 9ª) todas ellas de la LGSS. La primera impresión que uno recibe su extrema amplitud, la existencia de criterios dispares para incorporar a colectivos, etc. Lo que finalmente nos va a llevar a la conclusión de que no hay criterio delimitador claro y preciso.

Vaya por delante algo obvio, el gran bloque de sujetos incluidos viene representado por los trabajadores por cuenta ajena, pero téngase en cuenta –por ejemplodados cosas:

- Que hay trabajadores por cuenta ajena que están encuadrados en un régimen especial, v. gr.: agrícolas, trabajadores del mar, minería del carbón y empleados de hogar. Se podría decir entonces que su ámbito se perfila con exclusión de estas actividades. Aunque eso tampoco sería cierto ya que aún cuando se realicen actividades de ese tipo si no pueden quedar encuadrados en dichos regímenes especiales, entonces serán “absorbidos” por el régimen general.

- Que además el Régimen General se abre a grupos de personas –vía asimilación– que no tienen la consideración de trabajadores en sentido técnico jurídico.

El presente estudio pretende exponer de forma sistematizada los diversos colectivos que se encuentran encuadrados en el Régimen General y en su caso algunas de sus notas más sobresalientes.

Una advertencia se hace al lector para no defraudarle: todos los que están son, pero probablemente no estarán todos los que son.

2. COLECTIVOS INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN GENERAL

2.1 LAS INCLUSIONES EXPRESAS EN RAZÓN DEL TRABAJO O ACTIVIDAD DESEMPEÑADA

El art. 97.1 de la LGSS establece que con carácter general estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1 a) del art. 7 de la LGSS. Dicho esto su apartado 2 declara expresamente comprendidos dentro de tal apartado 1 a una serie de colectivos que si no existiera esta declaración expresa podría dudarse acerca de su encuadramiento en este régimen general. Concretamente:

A) Trabajadores vinculados con la sociedad para la que prestan servicios

Su inclusión puede ser plena o limitada en la protección (letras a y k del art. 97.2 de la LGSS). Es plena para el caso de trabajadores por cuenta ajena o de socios trabajadores cuando: a) si pertenecen a los órganos de administración no realicen funciones de dirección y gerencia; y b) no posean el control de la sociedad. Puede ser limitada, excluyéndoles entonces de la protección por desempleo y FGS, para el caso de los consejeros y administradores que: a) realizan funciones de dirección y gerencia siendo retribuidos por

ello o por su condición de trabajador de la misma; y b) no posean el control de la sociedad¹.

B) Por exclusión de su actividad de un Régimen Especial

La inclusión también puede venir por no darse las condiciones para su inclusión en aquellos regímenes que comprenden a trabajadores por cuenta ajena: Agrario², Trabajadores del Mar³, de la Minería del Carbón⁴ y Empleados de Hogar⁵. Pero además, por que aún considerándose dicha actividad como propia de tal colectivo,

el legislador ha creído oportuno encuadrarla en el Régimen General. En este sentido puede citarse a:

- La de aquellos trabajadores que prestan servicios como conductores al servicio de particulares (apartado b del art. 97 LGSS)⁶. Excluyéndolos por tanto del R. E. Empleados de Hogar.

LA RESPUESTA AL
ENCUADRAMIENTO DE
LOS TRABAJADORES EN
EL RÉGIMEN GENERAL DE
LA SEGURIDAD SOCIAL SE
PODRÍA ENCONTRAR EN
LA COMBINACIÓN DE LOS
ARTÍCULOS 97 Y 7.1 A)
DE LA LGSS

- La de los trabajadores dedicados a las operaciones de manipulación empaquetado, envasado y comercialización del plátano (Disposición Adicional 29ª LGSS). En este caso podría pensarse que su inclusión sería en el Régimen Especial Agrario.

C) Colectivos de personas que prestan servicios para la administración pública

Se trata de aquellos colectivos que no se encuentran incluidos dentro de los campos de aplicación de los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Es-

¹ Si lo controlan la inclusión será en el RETA.

Se considera que se posee el control de la sociedad: a) En todo caso cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social; b) Salvo prueba en contrario: 1º) Cuando la mitad del capital social esté distribuido entre socios con los que conviva el trabajador y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco hasta el segundo grado; 2º) o cuando la participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo; 3º) o cuando la participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, teniendo atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

² Para los trabajadores agrícolas por cuenta ajena véase arts. 2D. 2123/1971, de 23 julio y arts. 2, 3 y 8 del D. 3772/1972.

³ Para los trabajadores por cuenta ajena véase arts. 2, 4, 5 y 6 D. 1867/1970, de 9 julio.

⁴ Véase art. 2 D. 298/1973, de 8 de febrero y art. 2 de la O. 3-4-1973.

⁵ Véase art. 2 del D. 2346/1969, de 25 septiembre.

⁶ Confrontar con el art. 4 del RD 1424/1985, de 1 agosto.

tado⁷, del personal al servicio de la Administración de Justicia⁸ o de las Fuerzas Armadas⁹ (letras c, d, h, i, j del art. 97.2 LGSS).

Podríamos a su vez distinguir:

a) Aquéllos que no ostenten la condición de funcionarios

-Personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado (art. 97.2 letra c LGSS).

-Personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades de carácter civil y de organismos y entidades de la administración local, siempre que se trate de personal contratado laboralmente (art. 97.2 letra d LGSS).

-Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (D. 2528/1970 y RD 2205/1980)

-Altos cargos de las Administraciones Públicas (art. 97.2 letra h LGSS).

b) Que tengan la condición de funcionarios

-Funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos o Escalas de funcionarios no sujetos al Régimen de Clases Pasivas del Estado (art. 97.2 letra h LGSS y Disp. Adic. 3ª Ley 30/1984, de 2 de agosto).

-Funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su forma de acceso (art. 97.2 letra i LGSS y Disp. Ad. 3ª Ley 30/1984, de 2 de agosto).

-Funcionarios interinos y de empleo de la Administración de justicia: jueces, fiscales y secretarios sustitutos, oficiales, auxiliares y agentes in-

terinos (RD. 960/1990, OM 18-6-1992 y Disp. Final 6ª LPGE 1988).

-Funcionarios de empleo interinos (art. 5 LFCE y art. 2.1 DL 10/1965, de 23 septiembre)¹⁰ y eventuales (art. 20 L. 39/1984, de 2 agosto y O. 3-9-1973).

c) Otros colectivos al Servicio de las Administraciones Públicas

-Personal de la Administración de la Comunidad Foral y de las Entidades Locales de Navarra excluidos de la extinguida Mutualidad Nacional de la Administración Local (Disp. Ad. 2ª Ley 50/1998).

-El personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud de las comunidades Autónomas.

-Los profesores asociados y visitantes (Disp. Ad. 22 Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre), salvo que tengan la condición de funcionarios públicos sujetos al régimen de clases pasivas en cuyo caso no procederá su alta en el Régimen General.

-El personal español contratado al servicio de la administración española en el extranjero (RD 2234/1981, de 20 agosto y O. 8-6-1982).

D) Trabajadores sujetos a determinadas relaciones laborales especiales¹¹

En este apartado se recogerá sólo a aquellos trabajadores sujetos a una relación laboral especial incluidos en el Régimen General que no son objeto de una inclusión expresa por el art. 97.2 de la LGSS o bien a su amparo vía la asimilación prevista en su letra m).

-Internos que trabajen en talleres penitenciarios y sentenciados a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (LO. 1/1979, de 26 septiembre; art. 19 y 22 RD 782/2001, 6 julio) menores some-

⁷ RD Legislativo 4/2000, de 23 junio.

⁸ RD Legislativo 3/2000, de 23 junio.

⁹ RD Legislativo 1/2000, de 9 junio.

¹⁰ Salvo los que tengan nombramiento anterior a 1-1-1965 que están incluidos en el Estatuto de Clases Pasivas.

¹¹ En general téngase en cuenta: a) Altos cargos, RD 1382/1985, de 1 de agosto; b) Servidores Domésticos, RD 1424/1985, de 1 agosto; c) Penados y menores ingresados; LO. 17/1979, de 26 septiembre; RD 782/2001, de 6 julio; art. 39 L 53/2002, de 30 diciembre; c) Deportistas Profesionales; d) Artistas, RD 1435/1985, de 1 agosto; e) Mediadores Mercantiles, RD 1438/1985, de 1 agosto; e) Personas con discapacidad, RD 1368/1985, de 17 julio; f) Servicio Público de Estiba y Desestiba de buques, RD Ley 2/1986, de 23 de mayo y RD 3717/1987, de 13 de marzo; g) Residentes Sanitarios, Disp. Ad. 1ª de la Ley 44/2003, de 21 noviembre y RD 1146/2006, de 6 de octubre; h) Abogados en despachos profesionales, Disp. Ad. 1ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre; i) Profesores de religión, RD 696/2007, de 1 junio y Disp. Ad. 3ª de la LO. 2/2006, de 3 de mayo.

tidos a medidas de internamiento (art. 39 Ley 53/2002, de 30 diciembre).

-Abogados que presten servicios en despachos individuales o colectivos (Disp. Ad. 1ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre y RD 1331/2006, de 17 de noviembre).

E) Laicos o seglares que presten servicios retribuidos a la Iglesia

Realmente no presenta ninguna singularidad esta inclusión (letra e) del art. 97.2 LGSS) a no ser que se considere al destinatario de estos servicios que son los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesíásticas, entiéndase Iglesia Católica. Para el caso de otras confesiones reconocidas aunque no operaría este apartado habría que estar a la inclusión general de cualquier trabajo por cuenta ajena retribuido y no incluido en un régimen especial.

El último inciso de este apartado se refiere a la inclusión de aquellos laicos y seglares que prestan servicios retribuidos para dichas entidades y cuya misión primordial sea ayudar en la práctica del culto. Si bien hace depender su inclusión de un acuerdo especial con la autoridad eclesíástica que hasta la fecha no se ha producido¹².

F) Personas que prestan servicios retribuidos a entidades o instituciones de carácter benéfico-social

Similar al supuesto anterior aunque aquí los servicios no son prestados a la Iglesia sino a entidades o instituciones benéficas sociales (letra f) art. 97.2 LGSS).

LA PRIMERA IMPRESIÓN QUE UNO RECIBE ES LA EXISTENCIA DE CRITERIOS DISPARES PARA INCORPORAR A COLECTIVOS. LO QUE FINALMENTE NOS VA A LLEVAR A LA CONCLUSIÓN DE QUE NO HAY CRITERIO DELIMITADOR CLARO Y PRECISO

G) Personal contratado al servicio de notarias, registros de la propiedad y demás oficinas o centros similares

Inclusión que comprende también al personal que viniera percibiendo la acción protectora en sustitución de la establecida en el sistema de Seguridad Social a través de la Mutualidad de Empleados de Notarías¹³ (letra g del art. 97 LGSS).

H) Cargos representativos de los sindicatos

Los cargos representativos de los Sindicatos (letra l) art. 97.2 LGSS) constituidos al amparo de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo por ello una retribución¹⁴.

2.2 LAS INCLUSIONES POR ASIMILACIÓN

El artículo 97 se cierra con la letra m) que contiene una autorización al Ministerio de Trabajo para que vía Real Decreto pueda acordar la integración, por razón de la actividad, de otros colectivos¹⁵.

Las inclusiones que podríamos señalar son:

A) Clérigos de la Iglesia Católica y otras confesiones

Clérigos diocesanos de la Iglesia Católica

Su inclusión se produce vía RD 2398/1977, de 27 agosto. La nota más sobresaliente es que su acción protectora está limitada y no tienen cubierta la protección por: Incapacidad Temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y desempleo. No existiendo la consideración de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ni tampoco la cobertura de FGS ni FP¹⁶.

Por su parte los sacerdotes castrenses también se encuentran incorporados al Régimen General si bien la única exclusión en la protección es la relativa a desempleo (art. 13RD 1145/1990, de 7 septiembre).

Relacionados con la Iglesia Católica también cabe citar que quedan incluidos los religiosos que presten servicios docentes en un centro dependiente de su

¹² El supuesto más discutido es el de los sacristanes. Hasta la fecha los pronunciamientos judiciales sobre el particular han sido contrarios a su inclusión, véase ss. TCT 5-9-75 (ar. 3884) y 17-11-79 (ar. 6457)

¹³ Véase OM 21-2-1996.

¹⁴ Véase Ley 37/2006, de 7 diciembre.

¹⁵ Esta previsión es similar a la que ya se contenía en el primer texto articulado de la LSS de 1966-art. apartado h y en el primer texto refundido de la LGSS de 1974-art. 61 apartado h-

¹⁶ Véase RD 1613/2007, de 7 diciembre.

Congregación u Orden Religiosa (RD 3325/1981, de 29 diciembre).

Rabinos de la Federación de Comunidades Israelitas.

Su inclusión es similar a la del clero diocesano de la Iglesia Católica (Ley 25/1992, de 10 noviembre).

Clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España.

Inclusión similar a la de los clérigos de la Iglesia Católica (RD 822/2005, de 8 julio).

Testigos de Jehová

Inclusión similar a la de los clérigos de la Iglesia Católica (RD 1614/2007, de 7 diciembre).

Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

Para este colectivo la acción protectora es más amplia ya que la única exclusión es la protección por desempleo -y FGS y FP- (RD 369/1999, de 5 de marzo).

Dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España.

Su protección es similar al colectivo anterior (RD 176/2006, 10 de febrero).

B) Colectivos pertenecientes a Administraciones extinguidas

Entre los que podría citarse a:

-Agrupación Temporal militar para destinos Civiles (art. 97 Ley 195/1963 y D. 2703/1965).

-Personal de la Organización Sindical (D. 1116/1975, de 3 de mayo).

-Personal de la Obra Sindical 18 de julio (D. 2132/1975, de 24 julio)

-Personal del Movimiento (RDL 23/1977, de 1 abril y RD 1281/1977, de 2 junio).

C) Colectivos de deportistas profesionales¹⁷

Dejando a un lado a los futbolistas profesionales a los que se les dotó de un Régimen Especial que luego

sería integrado en el Régimen General y antes de la incorporación con carácter general que llevó a cabo el RD 287/2003, de 7 de marzo de los Deportistas Profesionales, cabría citar:

-Ciclistas (RD 1820/1991, de 27 diciembre).

-Jugadores profesionales de baloncesto (RD 766/1993, de 21 de mayo).

-Jugadores profesionales de balonmano (RD 1708/1997, 14 noviembre).

-Otros deportistas o equipados lo fueron vía criterio judicial. Sería, por ejemplo, el caso de los pelotaris (s. TS. 4-5-1990 ar. 3717) o entrenadores de baloncesto (s. TS. 16-7-1991, ar. 5996 y 2 de marzo de 1994, ar. 1720).

D) Investigadores en formación beneficiarios de becas

El RD 63/2006, de 26 de enero los incluyó en el Régimen General, dotándoles de una acción protectora similar pero con exclusión de la protección por desempleo, ni FGS y FP.

E) Otras asimilaciones. Socios de sociedades laborales

El art. 21 de la Ley 4/1997, de 24 marzo de Sociedades Laborales, considera a los socios trabajadores de sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social –dentro del límite previsto en su artículo 5- y aún cuando formen parte del órgano de administración social, como trabajadores por cuenta ajena. Siendo el Régimen General u otro especial su lugar de encuadramiento. En principio la protección es la misma que se dispense en el régimen en que queden encuadrados salvo para los supuestos previstos en el número 2 del precepto indicado en cuyo caso le está vedado el acceso a la protección por desempleo y tampoco tienen cobertura de FGS.

2.3 LA INTEGRACIÓN POR OPCIÓN DEL INTERESADO

En algunos casos es la voluntad del propio trabajador (o en su caso del empresario) la que determina su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social. Unas veces viene determinada al inicio de la actividad y otras con el fin de evitar la prohibición de inclusión múltiple obligatoria.

¹⁷ El colectivo de Futbolistas profesionales se incluye en el apartado relativo a colectivos procedentes de Regímenes Especiales integrados en el Régimen General.

A) Socios trabajadores de Cooperativas

La Disp. Ad. 4ª de la LGSS admite que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado puedan quedar encuadrados en el Régimen General (o en su caso en uno Especial) o el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos¹⁸.

B) Funcionarios Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local

Es el caso de los funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local que hayan optado por su inclusión en el régimen general o no hicieren expresamente uso de la opción de la inclusión en el Régimen de los Funcionarios Civiles del Estado antes del 30 junio de 2001 (art. 28 Ley 14/2000, de 28 diciembre).

C) Personal docente universitario con plaza vinculada

Dicho personal puede optar por el Régimen General o por quedar incluido en el R. E. de los Funcionarios Civiles del Estado (art. 40 Ley 24/2001, de 27 diciembre).

42

D) Hijos del Trabajador Autónomo menores de 30 años

La Disposición Adicional Décima de la Ley 20/2007, de 11 julio, permite al trabajador autónomo contratar, como trabajador por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él, con lo que procederá su inclusión en el Régimen General¹⁹. Se excluye en estos casos cobertura de la prestación por desempleo.

2.4 LA INTEGRACIÓN VÍA SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA

A) Las situaciones asimiladas al alta con carácter general

Se vienen considerando situaciones asimiladas al alta a determinados supuestos en los que pese a no haber una situación de alta real el legislador ha creído oportuno dotar de una determinada protección al trabajador. Normalmente suelen darse en situaciones de cese temporal o definitivo de la actividad que realizaba el trabajador. Son situaciones que están normadas y

que cada una de ella tiene un determinado alcance en orden a la protección que facilita. Se encuentran, básicamente, recogidas en los artículos 125 LGSS y 36 del RD 84/1996, de 26 de enero²⁰. Estas situaciones interesan en tanto cuanto el vínculo con el sistema se mantiene y por tanto el acceso a la protección se garantiza.

B) El Convenio Especial

La suscripción de un Convenio Especial, regulada por Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, viene a suponer –en términos amplios– la suscripción de un contrato de seguro con la TGSS. Mediante el mismo, la persona que lo concierta se encuentra en una situación asimilada y podrá acceder a determinadas prestaciones (todas excepto IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y desempleo, ni tampoco FGS y FP).

Tradicionalmente la figura del Convenio Especial ha venido siendo utilizada por quién tras cesar en el trabajo desea mantener su vinculación con el Sistema para llegado el caso tener una cierta cobertura prestacional, continuando pues con su carrera de seguro. Otras veces se suscribe con el fin de completar la protección ante situaciones como: huelga legal o cierre patronal legal; permanencia en alta sin retribución; supuestos de reducción de jornada de trabajo con disminución proporcional del salario; trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 años o más cumplidos; o el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial.

EN LOS RÉGIMENES
ESPECIALES ES MÁS FÁCIL
ANALIZAR Y FIJAR CUÁLES
SON LOS CRITERIOS
O ELEMENTOS QUE
DETERMINAN SU ÁMBITO DE
APLICACIÓN, PERO NO EN
EL RÉGIMEN GENERAL

No obstante la figura del Convenio Especial que nos interesa es cuando se utiliza como vía de integración en el Régimen General (o caso de que corresponda en algún régimen especial). Esta segunda posibilidad se encuentra –básicamente– recogida en el capítulo II de la Orden citada, a saber:

¹⁸ Sin perjuicio de que en atención a la actividad pudiera quedar encuadrado en algún Régimen Especial.

¹⁹ Véase el art. 8.2 del RD 847/1996, de 26 de enero.

²⁰ Véase también la Orden TAS 4033/2004, de 25 noviembre, para los trabajadores afectados por el síndrome tóxico; el art. 6.1 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre en relación con los períodos considerados como de cotización efectiva previstos en el art. 180 LGSS; La Res. 12-2-2007 sobre personal investigador en formación que se traslade temporalmente al extranjero.

a) Convenios especiales con determinados órganos u organismos a favor de sus miembros

-C. E. para los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y para los Diputados del Parlamento Europeo.

-C. E. de los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

b) Convenios especiales para los que presten servicios en la Administración de la Unión Europea y en los Organismos Internacionales

-C. E. para los incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social Española que pasen a prestar servicios en la Administración de la Unión Europea.

-C. E. para los españoles que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales.

c) Convenios especiales para emigrantes e hijos de éstos y de pensionista de un sistema de previsión social extranjero residentes en España

-C. E. para emigrantes españoles e hijos de éstos que trabajen en el extranjero²¹.

-C. E. para la cobertura de asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionista de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos.

-C. E. de asistencia sanitaria respecto a trabajadores españoles que realicen una actividad por cuenta propia en el extranjero.

Adviértase que algunos de estos supuestos lo que supone es dar cumplimiento al mandato del art. 5. 4 LGSS.

Finalmente no hay que olvidar la reciente incorporación al Régimen General de los cuidadores no profesionales a través del Convenio Especial regulado por el RD 615/2007, de 11 de mayo.

2.5 LA INTEGRACIÓN DE COLECTIVOS DE ENTIDADES SUSTITUTORIAS

La Disposición Transitoria 8ª de la LGSS²² contiene un mandato al Gobierno para que proceda a la integración en el Régimen General (o en su caso en un Régimen Especial) de determinados colectivos cuya inclusión es obligatoria en el Sistema²³, pero que su protección social venía siendo llevada a cabo –bási-

camente- por Mutualidades, Montepíos, Fundaciones Laborales e Instituciones de Previsión Social, lo que actualmente con carácter general se les denominan Mutualidades de Previsión Social²⁴. Aunque en un principio²⁵ estas entidades se concebían como asociaciones privadas, voluntarias y complementarias a los Seguros Sociales,

lo cierto es que muchas de ellas practicaban un papel de previsión obligatorio y sustitutorio de los regímenes públicos de protección. Lo que incluso en la actualidad en cierta forma se viene permitiendo que para algunos colectivos actúen de forma alternativa a la inclusión en la Seguridad Social²⁶.

El proceso de integración, básicamente, se inició por medio del RD 1879/1978, de 23 junio²⁷, continuado con la Disposición Adicional 5ª de la Ley 44/1983, de

DENTRO DEL RÉGIMEN
GENERAL HAY COLECTIVOS
INCORPORADOS
QUE PRESENTAN ALGUNAS
SINGULARIDADES
RELATIVAS A
ENCUADRAMIENTO,
AFILIACIÓN Y COTIZACIÓN
O RECAUDACIÓN

²¹ Pueden solicitar esta modalidad los doctores beneficiarios de ayudas a la investigación que se trasladen temporalmente al extranjero y queden adscritos a una entidad extranjera que no esté obligada a incluirles en el correspondiente sistema de seguridad social, véase R. 12-12-2007 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

²² En similares términos se recogía tal previsión en la Disposición Transitoria 5ª.11 de la LSS de 1966 y Disposición Transitoria 6ª.7 LGSS de 1974.

²³ Véase el art. 8 de la LGSS.

²⁴ Véanse arts. 64 a 68 del RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión del los Seguros Privados.

²⁵ Recuérdense la Ley 6-12-1941 y su Reglamento de 26-5-1943.

²⁶ Véase en este sentido la Disposición Transitoria 9ª de la LGSS.

²⁷ Una integración anterior se produjo por D. de 24 de marzo de 1972 en relación con la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria.

28 de diciembre y posteriormente por medio del RD 2248/1985, de 20 de noviembre.

Como entidades sustitutorias que han ido integrándose en el Régimen General, pueden citarse:

- Personal de Coches Camas, OM 12-2-1980.
- Mutualidad de Funcionarios de la Obra de protección de menores, por RD 232/1980, de 1 de febrero.
- Mutualidad de la Previsión, RD 1220/1984, de 20 junio.
- Caja de Pensiones del Banco Hipotecario, Caja de Pensiones del Banco de Crédito Local, Caja de Pensiones de Empleados del Banco de España, Mutualidad de Previsión Social del Banco de Crédito a la Construcción, OM de 12-2-1986.
- Personal del Servicio de Vigilancia Aduanera y de Mozos Arrumbadores de Aduanas, Montepío de Previsión Social para Empleados y Obreros del Puerto, Montepío del Personal de la Mancomunidad de Canales del Taibilla, por OM de 29-5-1987.
- Caja de Pensiones del Servicio Nacional de Cultivo y Fermentación del Tabaco, por OM 29-7-1987.
- Organización de Trabajadores Portuarios, por OM 29-7-1987.
- Caja de Pensiones de Tabacalera, por OM 31 julio de 1987.
- Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y de su Consejo Superior, por OM 20-4-1990.
- Caja Nacional de Previsión Social de la ONCE, por OM 25-3-1991.
- Institución Telefónica de Previsión, por OM 30-12-1991.
- Personal del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, por OM 27-10-1992.

-Mutualidad de Empleados de Notarías, por OM 21-2-1996.

2.6 LA INTEGRACIÓN POR REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PERSONALES OBLIGATORIAS

El trabajo obligatorio o mejor dicho las prestaciones personales obligatorias no son consideradas como relaciones laborales y por tanto no pueden dar lugar a la inclusión de quienes la realizan en el sistema.

Ahora bien eso no supone para la persona que las lleva a cabo que el sistema los ignore, sino que lo tienen en cuenta para ofrecerle una mínima protección que básicamente va a ser la cobertura de las resultas de un accidente producido durante su realización.

Cabe reseñar dentro de estas situaciones las siguientes²⁸:

-Prestaciones de servicios exigidas a los desempleados. Realmente más que una integración en el Régimen General lo que se produce es una extensión de la protección, ya que cualquier accidente que pueda sufrir durante las mismas serán consideradas como accidente de trabajo (o en su caso enfermedad profesional) y así atendidas (art. 38.5 RD 1445/1982), algo impensable para un trabajador inscrito como demandante de empleo.

-Prestaciones personales exigidas por las corporaciones locales. En este sentido el RD 2765/1976, de 12 noviembre, concreta que quienes realizan estas actividades serán encuadrados en el Régimen General pero sólo a efectos de la cobertura de contingencias de origen profesional.

-Participación en mesas electorales. El art. 27 de la LO 5/1985, de 19 junio, de Régimen Electoral General, obliga a aceptar y participar en los cargos de presidente y vocal de mesa en elecciones Generales, Autonómicas, Locales y al Parlamento Europeo. El art. 7 del RD 605/1999, de 16 abril, establece la integración en el Régimen General, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, si bien limita la protección a las contingencias profesionales, concretamente a los accidentes sufridos con ocasión y a consecuencia del cumplimiento de este deber público e inexcusable.

²⁸ Otras situaciones de prestaciones personales obligatorias son: a) El servicio militar y prestación social sustitutoria –hoy en suspenso– queda encuadrado dentro del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas (Disposición Adicional 1ª RD Legislativo 1/2000); y b) Prestaciones Personales Obligatorias en situaciones de emergencia (véase art. 9 LO 4/1981, de 1 de junio), aunque para estas prestaciones obligatorias no hay previsión social expresamente normada.

2.7 LA INTEGRACIÓN PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN

Otras veces se ha procedido a integrar a determinados colectivos únicamente para ofrecerles una mínima protección. Es el caso del RD 391/1982, de 12 de febrero, que integró en el Régimen General a los mutilados absolutos, mutilados permanentes e inutilizados por razón del servicio a que se refieren los arts. 2º y 3º de la Ley 35/1980, de 26 de junio. A este colectivo se le integra para ofrecerles unas concretas prestaciones: asistencia médico farmacéutica y protésica y servicios sociales

2.8 LA INTEGRACIÓN DE COLECTIVOS PERTENECIENTES A RÉGIMENES ESPECIALES

La previsión del art. 10.5 LGSS de simplificar, racionalizar y unificar la estructura del sistema mediante la integración de regímenes especiales en otros con los que guarden afinidad encontró un apoyo básico en la Ley 26/1985, de 31 julio, que ordenó la integración en el Régimen General de los siguientes Regímenes Especiales:

- Trabajadores Ferroviarios.
- Artistas.
- Profesionales Taurinos.
- Representantes de Comercio
- Futbolistas profesionales.

Quizás lo más destacable de estas integraciones haya sido que se mantengan en vigor las disposiciones específicas de dichos regímenes sobre el ámbito de aplicación –entre otras- que vienen en cierta forma a convertirlos de facto en sistemas especiales dentro del Régimen General²⁹.

Con posterioridad, el RD 480/1993, de 2 de abril, procedió a integrar en el Régimen General el personal activo y pasivo que estuviere incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local.

Pendiente está dar cumplimiento a la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo relativa a la simplificación e integración de los regímenes especiales con el fin

de que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados en un régimen de trabajadores por cuenta ajena o de trabajadores por cuenta propia.

2.9 LA INTEGRACIÓN DE COLECTIVOS DE SISTEMAS ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Aunque no se trata de una integración singular como las antes reseñadas, sí parece oportuno recordar que dentro del régimen general hay colectivos incorporados que presentan algunas singularidades relativas a: encuadramiento, afiliación, cotización o recaudación. Colectivos que están incluidos a su vez en lo que se denominan Sistemas Especiales (art. 11 LGSS).

En la actualidad los sistemas especiales dentro del Régimen General son³⁰:

- Industria Resinera, regulado por O. 3-9-1973.
- Servicios Extraordinarios de hostelería, cafés, bares y similares, regulado por O. 10-9-1973.
- Manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, regulado por O. 24-7-1986.
- Trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiestas, regulado por O. 17-6-1980.
- Trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudios de mercado y opinión pública, regulado por O. 6-11-1989.
- Frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, regulado por O. 30-5-1991.

45

3. UNA VALORACIÓN O CONCLUSIÓN FINAL

Al comienzo de este breve y esquemático estudio ya se advertía de la dificultad de encontrar un criterio delimitador de los sujetos incluidos en el Régimen General. En los regímenes especiales al menos –sal-

²⁹ Ver Disposición Final 1ª del RD 2621/1986

³⁰ Dentro del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos se ha creado por Ley 18/2007, de 4 julio, el sistema especial para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario.

vando algunas zonas grises- es más fácil analizar y fijar cuáles son los criterios o elementos que determinan su ámbito de aplicación, pero no en el Régimen General. La figura de quien se sitúa como empresario es muy variopinta: empresas privadas, administración pública, ige-

EL ÚNICO CRITERIO
DELIMITADOR A UTILIZAR
CON LA MAYOR CERTEZA
POSIBLE SERÍA UNO
NEGATIVO: TODO
AQUÉL QUE NO ESTÉ
COMPRENDIDO DENTRO
DE UN RÉGIMEN ESPECIAL
QUEDARÁ ENCUADRADO EN
EL RÉGIMEN GENERAL

sia u otras entidades religiosas, sindicatos, etc. La actividad que se puede desarrollar es amplísima: servicios para empresas con ánimo de lucro o no; cura de almas, deportes, investigadores en formación, política, sindical, etc. La incorporación no siempre es obligatoria sino que puede quedar a opción del trabajador o de la empresa para la que preste servicios. Además, cosa que no ocurre en los regímenes especiales, puede ser una actividad no desarrollada en territorio nacional. Y por señalar un aspecto más la actividad puede ser realizada de forma obligatoria.

Realmente el único criterio delimitador a utilizar con la mayor certeza posible, sería uno negativo: todo aquél que no esté excluido del sistema y no quede comprendido dentro de un régimen especial quedará encuadrado en el Régimen General. ●

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS SISTEMAS ESPECIALES DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

47

I. JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS SISTEMAS ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Concepto y fundamento de los Sistemas Especiales

El Sistema español de Seguridad Social, por medio del cual el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación el derecho a la Seguridad Social proclamado en el art. 41 de la Constitución, se estructura, conforme al art. 9 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS) en dos regímenes: el Régimen General, regulado en el Título II LGSS; y el Régimen Especial, al que se refiere el art. 10 LGSS, que establece como regímenes especiales los que encuadren en los grupos de: a) trabajadores dedicados a las actividades agrícola-

las, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente; b) trabajadores del mar; c) trabajadores por cuenta propia o autónomos; funcionarios públicos, civiles y militares; d) empleados del hogar; e) estudiantes; y d) demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un Régimen Especial, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 LGSS.

La LGSS además de articular el Sistema de Seguridad Social en dos tipos de Regímenes dispone en su art. 11 LGSS que <<En aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse Sistemas Especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos>>. Es decir, permite la posibilidad de crear Sistemas Especiales, dentro de cualquiera de los Regímenes existentes¹, cuya configuración queda limitada taxativamente a las ma-

¹ El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, preveía el establecimiento de Sistemas Especiales sólo dentro del Régimen General, siendo la LGSS, de 20 de junio de 1994, con su art. 11, la que por primera vez permite establecerlos también en <<aquellos otros Regímenes en que así resulte necesario>>. No obstante, hasta enero de 2008, con la creación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el Régimen Especial de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no se había introducido ningún Sistema Especial dentro de los Regímenes Especiales existentes.

terias de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, excluyéndose cualquier aspecto referente a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social.

Así pues, el Sistema de Seguridad Social español queda constituido por el Régimen General, los Regímenes Especiales² y los Sistemas Especiales del Régimen General. Estos últimos no deben confundirse con los Regímenes Especiales, de hecho, se trata de conceptos casi antagónicos, pues mientras que la necesidad de establecer Regímenes Especiales se fundamenta en la existencia de señalados colectivos que deben ser objeto de una acción protectora diferenciada de la del Régimen General, con lo que éstos se caracterizan por su singularidad con respecto a la acción protectora, las peculiaridades que justifican la existencia de los Sistemas Especiales, se circunscriben a la gestión, esto es, al encuadramiento, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, cotización o recaudación, quedando pros- crita cualquier diferenciación referida a la acción protectora³.

La razón de ser de los Sistemas Especiales se debe a la pervivencia, desde antiguo, en ciertos sectores empresariales, de una serie de particularidades (realización de tareas de forma cíclica e intermitente, movilidad de los trabajadores, temporalidad...) que dificultan el cumplimiento de la obligación empresarial en materia de encuadramiento tal y como está configurada en el Régimen General, así como al hecho de que,

LA LGSS... PERMITE LA
POSIBILIDAD DE CREAR
SISTEMAS ESPECIALES,
DENTRO DE CUALQUIERA
DE LOS RÉGIMENES
EXISTENTES

también como consecuencia de la idiosincrasia de determinados sectores productivos, sea preciso implantar unas reglas singulares en cuanto a la forma de cotización.

Estos Sistemas se definen por su carácter facultativo (el establecimiento de especialidades en las materias delimitadas es potestativo), su marginalidad (dirigido a un grupo muy limitado de trabajadores), así como por su vinculación a la gestión (no a la acción protectora del Sistema).

Paradójicamente, el fundamento de la inclusión de los Sistemas Especiales en el Sistema español de Seguridad Social se sustenta en el principio de unidad, pues con esta fórmula el legislador parece tratar de evitar la mayor dispersión del Sistema, de modo que en aquellos casos en los que el colectivo no reviste diferencias excesivas, la eventual creación de un Régimen Especial se suple con la implantación de unas normas concretas en materias tasadas (encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación) dentro del Régimen General o del Régimen Especial respectivo⁴. Ello queda patente con la futura unificación de los Regímenes Especiales, que en algunos casos se prevé que pasen a convertirse en Sistemas Especiales, como de hecho está sucediendo con el Régimen Especial Agrario. Se trata pues, en el fondo, más que de la creación ex novo de especialidades dentro de cada Régimen, de la adaptación de la normativa aplicable únicamente en señaladas materias, a concretos supuestos de la actividad productiva para los que no se encuentra una adecuada respuesta aplicando el régimen común de que se trate, debido a las peculiaridades (movilidad geográfica, trabajo estacional, fijos discontinuos, etc.) que se originan en él⁵.

Concisamente, y de forma muy genérica, puede estipularse que las motivaciones que han llevado al legislador a crear los vigentes Sistemas Especiales se resumen en tres: las dificultades administrativas de los

² Debe advertirse que los Regímenes Especiales tienden a unificarse y que esta idea tantas veces reiterada, ha resurgido con más fuerza tras el Acuerdo de 13 de julio sobre medidas en materia de Seguridad Social y se ha comenzado a materializar con la Reforma de la Seguridad Social de 2007. Vid. GALIANA MORENO, J. M.: "Consideraciones sobre las medidas de reforma de la Seguridad Social del Acuerdo de 13 de julio de 2006," *Foro de Seguridad Social*, 17/2007, págs. 154-161.

³ Cfr. VV.AA.: *Lex Mentor Laboral 2007*, Deusto Jurídico, 2007, pág. 912. De hecho, según MONTOTOY MELGAR, A. (Coord.): *Curso de Seguridad Social*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2000, la razón que justifica la existencia de Regímenes Especiales se concreta en la necesidad de su establecimiento en orden a conseguir beneficios del Sistema de Seguridad Social, circunstancia sustantiva diferente que la que justifica la existencia de los Sistemas Especiales, en la medida en que éstos no pueden alterar o modificar los aspectos básicos de la protección o de su régimen jurídico.

⁴ GALA VALLEJO, C.: *Los sistemas especiales en la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 22-23.

⁵ CARDENAL CARRO, M. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Artículo 11. Sistemas especiales" en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) VV.AA. en: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, pág. 91.

empresarios para cumplimentar los trámites ordinarios de altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores sujetos a constantes flujos contractuales; los aspectos financieros y la forma de cotización por cada empleado; o una mejor cobertura de la acción protectora de los trabajadores dedicados a tales actividades, así como un mayor control de la actividad, para evitar ocultaciones de los empleos⁶.

2. Antecedentes

Los Sistemas Especiales no encarnan ninguna novedad en la Seguridad Social española, siendo incluso anteriores a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, ya que el primer precedente se remonta al año 1945 del que data la Orden de 28 de diciembre de 1945, creadora del Sistema Especial de la Naranja, modificado después por las Órdenes de 18 de noviembre de 1959, de 12 de diciembre de 1960, de 1 de noviembre de 1962 y de 14 de octubre de 1963.

Dos años más tarde se instaura el Sistema Especial para la Industria Resinera por medio de la Orden de 4 de octubre de 1947, actualizada por la Orden de 17 de marzo de 1953 y por la Orden de 3 de septiembre de 1973 vigente en la actualidad, con lo que éste se consolida como uno de los Sistemas Especiales con mayor raigambre.

Por Decreto del Ministerio de Gobernación de 5 de marzo de 1948 se funda el Sistema Especial para los Enfermos de San Lázaro, regulado por las Resoluciones de la Dirección General de Previsión de 16 de septiembre de 1954 y de 8 de marzo de 1965, finalmente derogado por la Disposición Final 5ª del Real Decreto 913/1980, de 21 de marzo sobre Denominación y Reorganización del Patronato de Rehabilitación Social del Enfermo de Lepra⁷.

También cuenta entre los primeros Sistemas Especiales el de la Industria del Cáñamo, implantado por la Orden de 15 de noviembre de 1951, cuyo ámbito de aplicación se circunscribió exclusivamente a la provincia de Alicante.

Del mismo modo, la Orden de 16 de mayo de 1958, crea el Sistema Especial de la Industria Conservera,

aplicable en principio exclusivamente a la provincia de Murcia, y que las Órdenes de 20 de agosto de 1965 y de 13 de febrero de 1974 hicieron extensible a las provincias de Alicante y Valencia.

La Orden de 17 de diciembre de 1960 publica el Sistema Especial de Frutos de Canarias, posteriormente integrado junto con en el Sistema Especial de Frutos Cítricos en el de Frutas y Hortalizas, regulado por la Orden de 3 de mayo de 1971. Y a través de la Orden de 8 de enero de 1963, se configura el Sistema de Aprovechamientos Forestales Madereros.

II. LOS SISTEMAS ESPECIALES VIGENTES EN EL ACTUAL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Aspectos generales

Los Sistemas Especiales vigentes en el actual Sistema de Seguridad Social son siete: para la industria resinera; para los servicios extraordinarios de hostelería, cafés, bares y similares; para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación; para los trabajadores fijos discontinuos que prestan sus servicios en las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiestas; para los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en empresas de estudios de mercado y opinión pública; el de frutas y hortalizas e industrias de conservas vegetales; y el de trabajadores agrarios por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial por cuenta propia.

Todos ellos, con excepción del previsto para los trabajadores agrarios por cuenta propia lo son con respecto al Régimen General, lo que significa que se rigen por el mismo, menos los mencionados trabajadores agrarios, salvo en aquellas especialidades que se hayan establecido⁸, en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, exceptuadas las relativas a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, previo informe de la Organización Sindical y del Ministerio competente por razón de la actividad

⁶ GALA VALLEJO, C., *op. cit.*, págs. 23-24.

⁷ Para CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L.: *Los Sistemas Especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 60, <<más que un sistema es un régimen especial, con unas prestaciones reducidísimas, y en el que las cuotas estaban a cargo de la Administración>>.

⁸ Obsérvese que el establecimiento de estas normas especiales en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación es una facultad del legislador, por lo que éste podrá no regular alguna o algunas de las materias cuando no sean precisas normas peculiares al respecto, aplicándose por consiguiente el Régimen General o el Especial en el caso de los trabajadores agrarios por cuenta propia.

o condición de las personas incluidas. Tales especialidades han de inspirarse en los principios generales marcados por el art. 77 de la Orden de 28 de diciembre 1966, relativa al campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social.

LOS SISTEMAS ESPECIALES
NO DEBEN DE
CONFUNDIRSE CON LOS
REGÍMENES ESPECIALES,
DE HECHO, SE TRATA
DE CONCEPTOS CASI
ANTAGÓNICOS

En general, y partiendo de la base de que las peculiaridades en los actos de encuadramiento de los Sistemas Especiales vigentes se deben esencialmente al carácter fijo discontinuo de los trabajadores, han de subrayarse algunos rasgos comunes que pueden ser objeto de debate.

Por lo que hace al trámite de inscripción de empresas debe denunciarse la falta de un criterio unánime en todos los Sistemas Especiales, pues en unos casos se exige a la empresa una doble inscripción: una para el encuadramiento en el Sistema Especial y otra para el Régimen General (Empresas de Estudios de Mercado y Opinión Pública con trabajadores fijos discontinuos), o la inclusión de unas siglas al número que corresponda a la inscripción al Régimen General (Empresas dedicadas al Manipulado y Empaquetado del Tomate Fresco con destino a la exportación), mientras que en otros al no aludir a esta materia, se les aplicará una única inscripción en el Régimen General. Así pues, sería conveniente que se unificaran las reglas, exigiéndose a todas las empresas que contraten trabajadores que deban ser encuadrados en el Sistema Especial o la doble inscripción, o la distinción con unas siglas, con

el fin de identificar claramente las empresas que emplean a trabajadores a los que se les aplica el Sistema Especial y evitar los abusos y fraudes tan frecuentes en estos colectivos⁹.

En cuanto a la afiliación, ninguno de los Sistemas Especiales ofrece singularidad alguna. No ocurre así en lo tocante a las altas y bajas, no al alta inicial y a la baja definitiva, que siguen lo preceptuado en el Régimen General, sino a las sucesivas e intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva, ya que la intermitencia en la prestación de servicios de los trabajadores fijos discontinuos constituye un importante gravamen administrativo para la empresa, que no puede estar constantemente presentando partes de alta y de baja, lo que ha motivado la diferenciación del sistema. La mayoría de los Sistemas Especiales regularizan una fórmula para facilitar esta tarea a la empresa, consistente en presentar relaciones mensuales de altas y bajas de los trabajadores fijos discontinuos a la Tesorería, si bien, en cada Sistema dicha presentación se efectúa en una fecha distinta (en los cinco primeros días naturales de cada mes en el caso de las Empresas de Exhibición Cinematográfica, Salas de Baile, Discotecas y Salas de Fiestas; dentro de los diez primeros días de cada mes las Empresas de Estudios de Mercado y Opinión Pública...) y con un método diferente (por ejemplo, las Empresas de Frutas y Hortalizas e Industrias de Conservas Vegetales comunican las altas y bajas sucesivas e intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva, antes de la finalización del mes siguiente al que hayan tenido lugar, por medio de un documento referido a la totalidad de los trabajadores afectados). Dispersión que tal vez debería unificarse¹⁰.

Finalmente, sobre la cotización y recaudación cabe hacer una breve reflexión acerca de la posibilidad que se fija en algunos de los Sistemas Especiales de que las empresas puedan ingresar las cuotas a través de la asociación empresarial a la que pertenezcan, ya que algunos sectores doctrinales consideran que la plura-

⁹ Pese a que CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., págs. 75-76 aboga por la unidad de criterio, optando porque se exija en todo caso la doble inscripción, probablemente el objetivo de identificar las empresas que emplean trabajadores a los que se les aplica el Sistema Especial quede de sobra cumplido mediante la distinción con siglas, sin necesidad de complicar más el acto de inscripción con la doble numeración.

¹⁰ CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., págs. 80-81, propone una misma pauta a seguir en todos los Sistemas Especiales vigentes consistente en la presentación por parte de la empresa, dentro de los cinco primeros días de cada mes, de una relación nominal de los trabajadores fijos discontinuos con indicación de los días en los que han trabajado durante el mes anterior, totalizando los días trabajados por cada uno de ellos. Si bien, reconoce que es importante garantizar que la cotización sea real y efectiva, para lo que también sugiere que todos los Sistemas Especiales cuenten con un libro de anotaciones diarias de altas y bajas sucesivas para los fijos discontinuos y así evitar fraudes. Desde luego, no cabe duda de que la extensión a todos los Sistemas Especiales de la obligación de contar con un libro de anotaciones diarias de altas y bajas sucesivas para los fijos discontinuos entrañaría un mayor control de la cotización efectiva de estos trabajadores, pero también un lastre administrativo para las empresas, que pese a ser relativizado por los sistemas informáticos actuales, puede resultar reiterativo de aspectos ya contenidos en el Libro de Matrícula.

lidad de órganos gestores eleva los gastos de administración de la Seguridad Social, y proponen que estas operaciones se realicen directamente por el organismo gestor de la Seguridad Social, para lograr una simplificación burocrática en los costos administrativos del Sistema¹¹.

2. Sistema Especial para la Industria Resinera

El Sistema Especial de Seguridad Social para la Industria Resinera, nacido en el año 1947, es el más veterano de los hoy vigentes¹². Regulado por la Orden de 3 de septiembre de 1973 y la Resolución de 4 de septiembre del mismo año, encuadra a la totalidad de las empresas dedicadas a la explotación de pinares para la obtención de mieras y a los trabajadores del monte, resineros y remasadores al servicio de las mismas, quedando excluido el resto del personal comprendido en la Reglamentación de Trabajo de la Industria Resinera de 14 de julio de 1947, a los que se les aplica íntegramente lo preceptuado en el Régimen General¹³.

Indudablemente se trata de una actividad laboral ciertamente inusitada, caracterizada por su retribución a destajo, dependiente de la producción que se obtenga en kilogramos de miera, siendo distinto el precio para cada grupo de pinares, así como por la temporalidad de los trabajos de resinación y recogida de la miera. La propia Orden señala el periodo de campaña: del 1 de marzo al 15 de noviembre para los resineros, y del 1 de junio al 31 de octubre para los remasadores.

Para la inscripción de empresas comprendidas en este Sistema Especial aunque se prevé un único nú-

mero patronal, en el que se integran todos los trabajadores de la empresa, se hace constar los que se encuadran en este Sistema mediante las siglas SER.

Uno de las principales distintivos de este sistema es el hecho de que la permanencia en alta de los trabajadores resineros y remasadores se determina en función del número de pinos en resinación asignados a éstos, que constituyen la <<mata>> media normal señalada por el Distrito Forestal en cada provincia, de acuerdo con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 3 de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Industria Resinera, aprobada por Orden de 14 de julio de 1947. De manera tal que el número de días en alta, con la consiguiente obligación de cotizar, será de 260 para los trabajadores que resinan la totalidad de los pinos que constituyen la <<mata>> media normal. Y cuando no sean titulares de la <<mata>> media normal, los días de permanencia en alta se reducirán en proporción al número de pinos realmente asignados al trabajador. Con esta previsión se pretende proteger al verdadero profesional y delatar a aquellas personas que tan sólo remansan o resinan unos pocos pinos para adquirir los derechos sociales y luego trabajan la actividad por cuenta propia, aunque la rigidez de la fórmula también ha recibido considerables críticas¹⁴.

La base de cotización es la prevista para el Régimen General, rompiendo con la larga tradición de la Industria Resinera de cotización por canon. La particularidad del Sistema se halla en la liquidación e ingreso de las cuotas, ya que la fracción de cuota correspondiente a la base tarifada se ingresa mensualmente, y al final de la campaña, antes del 31 de diciembre de cada año y en un solo acto, se ejecuta la regularización de cuotas, una vez conocida la base total de cotización. Ello conlleva que durante el transcurso de la campaña, las

¹¹ CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., *op. cit.*, págs. 89-90.

¹² *Adviértase que los productos resinosos han venido utilizándose desde <<los mismos albores de la humanidad>> y que la extracción de la resina constituyó, durante más de un siglo, una actividad importante dentro de la economía rural española, si bien, debido a muy diversas circunstancias, nuestra industria resinera fue perdiendo vigor hasta que a partir de los años 60 su declive fue mucho más acentuado e imparable, y en la actualidad sólo constituye un oficio residual practicado en unos pocos lugares. De hecho, en estos momentos la actividad resinera está circunscrita a unas pocas zonas de la provincia de Segovia, a puntos muy concretos de Valladolid, Ávila, Cuenca y Soria, donde la resinación tiene un simple carácter testimonial.* HERNÁNDEZ MUÑOZ, L.: “El antiguo oficio de resinero”, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Hojas Divulgativas nº 2116, http://www.mapa.es/ministerio/pags/biblioteca/hojas/hd_2006_2116.pdf.

¹³ El art. 10 de dicha Reglamentación define a los resineros como a los <<obreros que tienen a su cargo las labores preparatorias y de pica, en la “mata” o “cuartel” que se les asigna o corresponda. También están obligados a emplear la “capa” en las citadas labores de “pica”, y a atender en todo momento las indicaciones que sobre la ejecución técnica de los trabajos, les hagan los maestros de labores y los guardas forestales, ya sean del Estado, ya de la entidad propietaria del pinar, o bien de las empresas>> y a los remasadores como los <<los trabajadores que tienen por misión la recogida de la miera de una o más “matas” o “cuarteles”>>, y determina que en el caso de que las operaciones de resinación y remasa sean ejecutadas por un mismo obrero, tendrá la consideración de resinero-remasador.

¹⁴ Vid. CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., *op. cit.*, pág. 154.

prestaciones que consistan en un porcentaje de la base de cotización (con excepción de las prestaciones económicas por invalidez permanente, jubilación o muerte y supervivencia) se abonen en función de la base tarifada de cotización, y una vez concluida la campaña y practicada la liquidación definitiva, se regularice el importe de la prestación conforme al de la base de cotización resultante y, en su caso, se compense la diferencia¹⁵.

3. Sistema Especial para los servicios extraordinarios de Hostelería, Cafés, Bares y similares

La Orden de 10 de septiembre de 1973 establece el Sistema Especial de Seguridad Social para los servicios extraordinarios de Hostelería, Cafés, Bares y similares. Este sistema encuadra a las empresas incluidas en la Industria de Hostelería, Cafés, Bares y similares y a los trabajadores que, de forma habitual, realicen dichos servicios extraordinarios. A este respecto se entenderá que concurre la habitualidad cuando el trabajador realice, al menos, treinta servicios extraordinarios dentro del trimestre natural anterior, salvo que éste sea el primero de cada año, en el que sólo se exigirán quince¹⁶. Esta norma no da una definición de servicios extras, que sí puede encontrarse en cualquiera de los convenios colectivos del sector, así, según el Convenio Colectivo del sector de Hospedaje, suscrito por la Asociación Empresarial Hostelera de Madrid, Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores <<se consideran servicios extraordinarios de hostelería aquéllos que por las especiales características de su prestación, breve duración, carácter irregular y número de comensales o clientes, como banquetes y cócteles de celebraciones sociales, no pudieran ser prestados por los trabajadores ligados a la empresa mediante contrato fijo o cualquier otra modalidad de contrato escrito, haciendo necesario la contratación de trabajadores ajenos a la empresa, al efecto de prestar tal servicio extraordinario>>.

LAS PECULIARIDADES QUE JUSTIFICAN LA EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS ESPECIALES SE CIRCUNSCRIBEN A LA GESTIÓN, QUEDANDO PROSCRITA CUALQUIER DIFERENCIACIÓN REFERIDA A LA ACCIÓN PROTECTORA

Su ámbito territorial se reduce en un principio a las provincias de Barcelona y Madrid, facultándose a la Dirección General de la Seguridad Social para su extensión a otras provincias. Extensión que se ha hecho efectiva a casi todas las provincias, por lo que no puede decirse, como en otros tiempos, que una de las

notas del Sistema sea la territorialidad, lo que por otra parte es totalmente lógico, en un campo como el de Hostelería, Cafés, Bares y similares, tan prolífero e importante en el tejido empresarial español.

La principal seña de identidad de este Sistema es la colaboración en la gestión, en un primer momento del Sindicato Vertical, tras su desaparición de la Asociación Profesional de Trabajadores de Servicios Extra de Hostelería, junto con el Instituto Nacional de Previsión (INP) y la Mutualidad Laboral de Hostelería, y hoy del Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma. Dado que comprende a trabajadores que, aunque de forma habitual, prestan sus servicios de manera discontinua e irregular, en muchos casos por periodos incluso de un día o unas horas¹⁷, el control de altas y bajas en el Sistema de Seguridad Social es cuanto menos laborioso, razón por la cual el Sistema Especial para los servicios extraordinarios de Hostelería, Cafés, Bares y similares se rige por el Régimen General, con la particularidad de la colaboración en la gestión del Servicio Público de Empleo.

Fruto de la época en la que fue concebido el Sistema, la colaboración en la gestión se encomendó al Sindi-

¹⁵ Las prestaciones económicas por invalidez permanente, jubilación o muerte y supervivencia desde el primer momento serán satisfechas a los beneficiarios conforme con las bases totales de cotización que correspondan a los trabajadores afectados, para lo cual las empresas formularán las consiguientes certificaciones de salarios sujetas a cotización, sin perjuicio de que la regularización de las cuotas se lleve a cabo al finalizar la campaña.

¹⁶ Como se sabe, los tres primeros meses del año son temporada baja para el tipo de eventos que determinan la necesidad de emplear trabajadores extra en este sector, pues las bodas, comuniones, banquetes y demás eventos sociales se celebran básicamente en el periodo comprendido entre mayo y octubre, que coincide también aproximadamente con la temporada vacacional y las fiestas más típicas.

¹⁷ En este sentido GARCÍA DE LA ROJA, C.: El contrato de trabajo en la hostelería: encuadramiento y peculiaridades, Murcia, Laborum, pág. 160, señala que <<si se examinan prácticamente la totalidad de convenios colectivos tanto de ámbito de Comunidad Autónoma como provinciales e incluso de ámbito inferior como son los de empresa, parece claro que tal vinculación laboral precaria nace y se extingue con cada servicio diario, cuya duración, fijan prácticamente casi todos los convenios sectoriales en cuatro horas, computándose como extraordinarias las que excedan de ese límite>>.

cato Provincial de Hostelería, hasta que la extinción de la sindicación obligatoria en 1977 puso fin a la misma y la Asociación Profesional de Trabajadores de Servicios Extra de Hostelería suscribió el 2 de noviembre de 1978 un concierto con el Instituto Nacional de Previsión y la Mutualidad Laboral de Hostelería, órganos gestores en aquella fecha de la Seguridad Social, que han sido suprimidos por su integración en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). En la actualidad, tanto en Madrid como en la mayoría de las provincias, es el Instituto de Empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal o de la correspondiente Comunidad, si han sido transferidas las competencias, el que colabora con los empresarios hosteleros en las gestiones para el trámite de altas y bajas en la TGSS, así como en labores de captación y formación de trabajadores de esta rama de actividad.

Por ejemplo, el Servicio Regional de Empleo de la Comunidad Autónoma de Madrid colabora en la gestión de la Seguridad Social con la confección de un censo de todos los trabajadores incluidos en este Sistema Especial y dotando a dichos trabajadores de un documento acreditativo de tal inclusión. Además, la contratación de estos trabajadores se realizará a través del Servicio Regional de Empleo.

Otra de las propiedades de este Sistema Especial afecta a la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social, ya que se prevé la posibilidad de que las empresas hagan efectivo su importe a través del Sindicato Vertical, en la actualidad mediante la oportuna Asociación Empresarial, dentro del mes natural si-

PARADÓJICAMENTE,
EL FUNDAMENTO DE LA
INCLUSIÓN DE LOS SISTEMAS
ESPECIALES EN EL SISTEMA
ESPAÑOL DE SEGURIDAD
SOCIAL SE SUSTENTA
EN EL PRINCIPIO
DE UNIDAD

guiente a aquel a que correspondan, a cuyo fin se formulará la pertinente relación nominal de trabajadores, con expresión de las cuotas que abonan. Precisamente la Orden de 8 de abril de 1992, por la que se desarrollaba el Real Decreto 1517/1997, de 11 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Segu-

ridad Social (derogado por el Real Decreto 1415/2004), autorizaba a las empresas afectadas por este Sistema Especial a ingresar el importe de las cuotas, bien con carácter individual, o bien a través de las asociaciones empresariales. A estas asociaciones empresariales se refiere la Disposición Transitoria segunda de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, cuyo número 2 autoriza a las empresas que viniesen ingresando las cuotas de la Seguridad Social, a través de tales asociaciones, para seguir efectuándolo hasta la fecha que, en cada caso, determine el Director General de la TGSS.

Del mismo modo, interesa destacar que al trabajador se le computará a efectos de cotización como un día de trabajo cada servicio, y que éste suele estar en unas cuatro horas, según convenio aplicable, debiéndose compensar como extraordinarias las horas que sobrepasen dicho límite temporal¹⁸. Es más, el número de días de cotización y las cantidades satisfechas por los trabajadores extras, deberán ser incrementadas con un 20%, en razón de los domingos y días festivos a que tienen derecho los trabajadores, con lo que se resuelve la cotización por los días de descanso, aumentando los salarios y el número de días de cotización.

Como corolario, debería de ponerse de manifiesto lo interesante que sería poder conocer a través de las estadísticas e informes que confecciona el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que publica en su página web, el número de trabajadores de servicios extras para Hostelería, Cafés, Bares y similares, que son dados de alta en el Sistema Especial, y poder estudiar esos datos, sobre todo teniendo presente que es un colectivo en auge desde hace años (sobre todo en las provincias que cuentan con una floreciente industria del turismo) y que siempre ha estado muy ligado a la economía sumergida, pues muchos de estos trabajadores extras están dados de alta en otras empresas, son estudiantes, familiares del empresario o incluso desempleados¹⁹.

4. Sistema Especial para manipulado y empaquetado del Tomate Fresco con destino a la exportación

La Orden de 24 de julio de 1976 crea el Sistema Especial para manipulado y empaquetado del Tomate Fresco con destino a la exportación. Este sistema encuadra a los empresarios cosecheros-exportadores de tomate fresco, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas, que realicen sucesivamente y por

¹⁸ Cfr. GARCÍA DE LA ROJA, C., *op. cit.*

¹⁹ GARCÍA DE LA ROJA, C., *op. cit.*, pág.308, concluye que los servicios extraordinarios representan una modalidad contractual apenas atendida por la negociación colectiva sectorial, lo que da lugar a que aparezcan casos de economía sumergida, empleo precario y competencia desleal entre las empresas.

sí mismas las faenas de producción y las de comercialización y exportación del fruto producido, en su totalidad, por ellos mismos. Además, la Orden de 9 de diciembre de 1994 declaró comprendidas dentro del Sistema Especial a las Cooperativas, Sociedades de Transformación Agraria y cualquier otra fórmula societaria que lleven a cabo labores de comercialización y exportación de tomate fresco, siempre que las indicadas labores recaigan sobre los productos obtenidos directamente en las exportaciones agrarias de los cooperativistas o socios²⁰. En cuanto a los trabajadores, deberán encuadrarse en este Sistema los eventuales o de temporada que se empleen exclusivamente en la manipulación y empaquetado de tomate fresco para la exportación, dentro de la campaña oficial y al servicio de los empresarios cosecheros-exportadores de tomate fresco que reúnan los requisitos señalados.

En consecuencia, a *contrario sensu*, quedan excluidos los empresarios que comercialicen tomate fresco con destino al consumo nacional y aquéllos que pese a dedicarse a la comercialización con destino a la exportación, no sean productores directos de la totalidad de dicho fruto y los trabajadores fijos o de plantilla, así como aquéllos que se dediquen a la manipulación de tomate con destino a la transformación, a los que se les aplicará otro Sistema Especial, el de Frutas y Hortalizas. Con lo que el ámbito de aplicación se reduce y concreta al máximo, posiblemente con la intención de proteger al cultivador directo que realiza el ciclo completo exportando el producto, con una serie de beneficios como la cotización por canon²¹.

Las tareas de manipulado y empaquetado de tomate deben ser realizadas dentro de las campañas oficiales, determinadas en la propia Orden de 1976, en la que se distingue entre la campaña de las Islas Canarias, que se desarrolla desde el 1 de octubre al 31 de mayo y la de la península, debiendo diferenciarse el tomate de invierno: desde el 1 de octubre al 31 de enero, del asurcado de invierno: desde el 1 de octubre al 30 de abril y del de verano: desde el 1 de mayo al 30 de septiembre.

LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO PARECEN ENCAMINARSE A LA AMPLIACIÓN DE ESTOS SISTEMAS COMO RECURSO PARA LA UNIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES

La inscripción de empresas se efectuará en el Régimen General ante la TGSS, a través de la Asociación Provincial²² y al número de inscripción que corresponda a las Empresas incluidas en este Sistema Especial se añadirán las siglas SECET (Sistema Especial Cosecheros-Exportadores Tomates).

Las solicitudes de afiliación, altas y bajas podrán tramitarse por el empresario o por la Asociación Provincial de Cosecheros-Exportadores de Tomate, siempre y cuando se haya suscrito el oportuno concierto con la Seguridad Social, supliendo el papel desempeñado por el Sindicato Provincial de Frutos y Productos Hortícolas en el momento en el que se forjó el Sistema. Una vez más, el rasgo distintivo se halla en las altas y bajas sucesivas intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva de los trabajadores, que en este Sistema Especial no serán comunicadas hasta la finalización de la campaña, debiendo reflejarse los días que cada trabajador ha permanecido en alta en los documentos de cotización. Igualmente, otra de las originalidades del Sistema reside en que el alta del trabajador es por campaña del producto, por lo que al concluir la respectiva campaña oficial, los empresarios habrán de cursar las bajas de sus trabajadores, con independencia de que éstos permanezcan al servicio del mismo empresario y comiencen a trabajar en otra campaña, en cuyo caso, volverían a ser dados de alta para esa otra campaña.

Con todo, el aspecto más propio de este Sistema Especial es que la aportación de los empresarios con-

²⁰ Según GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 90, la motivación de esta reforma reside en el hecho de que <<al surgir fórmulas de agrupación de pequeños empresarios agrícolas, también de tomate fresco y destinado a la exportación y quedar éstos fuera del campo de aplicación del Sistema Especial, se producía una distorsión en la comercialización de los productos, y consecuentemente, un efecto negativo para la propia competitividad de las empresas. De ahí la razón de ser de la Orden de 9 de diciembre de 1994, que modifica el campo de aplicación del Sistema Especial, para que alcance a aquellos supuestos en los que existe la producción, manipulado y comercialización del tomate fresco, aunque las primeras labores sean realizadas en las propias exportaciones agrarias de los Cooperativistas, mientras que las segundas sean efectuadas en la propia Cooperativa que no es más que una agrupación de esos mismos pequeños empresarios>>.

²¹ CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., pág. 190.

²² El art. 4 de la Orden de 24 de julio de 1976, en su párrafo 2, textualmente dispone que <<la inscripción se solicitará ante el Instituto Nacional de Previsión, a través del Sindicato Provincial de Frutas y Productos Hortícolas>>.

siste en una cuota por toneladas de tomate fresco empaquetado durante el periodo de que se trate²³. Las reducciones o bonificaciones en la cotización empresarial por contingencias comunes, a que den derecho determinadas modalidades de contratación, se aplicarán a la parte de la aportación antes señalada correspondiente a los trabajadores afectados por las mismas, previa distribución del importe a que ascienda dicha aportación entre la totalidad de los trabajadores de la empresa en el periodo a que corresponda. Esta forma de aportación ha sido muy cuestionada, sobre todo, por su conservación una vez desaparecida en otros Sistemas Especiales en los que tenía gran arraigo como en el de la Industria Resinera y en el de Frutas y Hortalizas e Industria de Conservas Vegetales, lo que ha generado la especulación sobre cuáles son los motivos de esta decisión y su posible ligazón al fortalecimiento de este sector, ya que la aportación del empresario mediante el canon resulta más beneficiosa para los empleadores²⁴.

Las empresas encuadradas en este Sistema Especial podrán ingresar por sí mismas el importe de las cuotas correspondientes durante el mes siguiente a su devengo y en los términos previstos para el Régimen General, o a través de la Asociación Empresarial a la que pertenezcan, dentro del segundo mes natural siguiente al que corresponda su devengo, presentando a tal efecto los distintos documentos de cotización por códigos de cuenta de cotización.

5. Sistema Especial para los trabajadores fijos discontinuos que prestan sus servicios en las Empresas de Exhibición Cinematográfica, Salas de Baile, Discotecas y Salas de Fiestas

La Orden de 17 de junio de 1980 establece un Sistema Especial de afiliación y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos que presten sus servicios en las Empresas de Exhibición Cinematográfica, Salas de Bailes, Discotecas y Salas de Fiestas. Dicho Sistema encuadra tanto a las empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiestas, respecto al personal fijo discontinuo, como a las empresas y personal también fijo

discontinuo de otros locales de espectáculos análogos, entre los que se incluyen las salas de bingo (Circular 40/1981, de 12 de julio, del INSS), las empresas que regentan las cantinas de los estadios de fútbol u otros locales de espectáculos deportivos (Resolución de 24 de marzo 1988, de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social) y las empresas de espectáculos taurinos (Resolución de 24 de octubre 1985, de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social).

Como en otros Sistemas Especiales y dado que los trabajadores a los que se refiere son fijos discontinuos, son las altas y bajas sucesivas intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva de los trabajadores las que muestran cierta singularidad, ya que se presentará durante los cinco primeros días naturales de cada mes, un parte de alta con la relación nominal de estos trabajadores y los días fijos de trabajo de cada semana durante dicho periodo. No obstante, tanto las altas de los trabajadores que ingresen al servicio de las Empresas con posterioridad a la comunicación del parte mensual, como las bajas de los trabajadores que cesen al servicio de las mismas se registrarán por las normas comunes del Régimen General.

El pluriempleo es muy característico en este sector económico, por lo que la Orden de 17 de junio de 1980 prevé unas normas propias para la cotización en los supuestos de pluriempleo de este Sistema Especial, conforme a las cuales:

- Si los trabajadores que trabajan a jornada completa encuadrados en este Sistema Especial, además, prestan sus servicios con carácter continuo y a jornada completa en otra empresa de actividad distinta: en esta última se cotizará por la base de cotización completa que corresponda, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento en el Régimen General, y respecto al trabajo en la empresa afectada por el Sistema Especial, se aplicará la regla anterior, pero referida únicamente a los días de trabajo declarados.

- Cuando los empleados encuadrados en este Sistema Especial trabajan a jornada reducida, y además,

²³ A fecha de 31 de enero de 2008 no ha sido aprobada la Orden TAS por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, por lo que debe acudirse a la Orden TAS/31/2007, de 16 de enero, para el año 2007, que fijó una cuota por tonelada de tomate fresco empaquetado o fracción de 500 o más kilogramos en 1,11€ y prescribe que <<En los supuestos en que la cotización por tonelada a que se refiere el párrafo anterior resulte inferior al 25 por 100 del total de cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes, incluyendo la aportación de los trabajadores, las empresas vendrán obligadas a presentar ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente o Administración de la misma los documentos acreditativos de las exportaciones realizadas, en la forma y con la periodicidad que determine la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social>>.

²⁴ CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., pág. 193 y GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 96.

prestan servicios de carácter continuo y a jornada completa en otra empresa de actividad distinta: en esta última se cotizará por la base de cotización completa que corresponda, de acuerdo con la normativa vigente en cada momento en el Régimen General, y respecto al trabajo en la empresa afectada por el Sistema Especial, se cotizará solamente por la parte proporcional correspondiente a las horas de trabajo.

- Para los trabajadores que trabajan a jornada completa discontinua en varias empresas encuadradas en este Sistema Especial: los topes mensuales máximo y mínimo de cotización vigentes en cada momento para las situaciones de pluriempleo se distribuirán entre distintas Empresas, en proporción al número de días trabajados en cada una a lo largo del mes. La base de cotización del trabajador, respecto a cada una de las Empresas, deberá estar comprendida entre los respectivos topes.

6. Sistema Especial para los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en Empresas de Estudios de Mercado y Opinión Pública

56

La Orden de 6 de noviembre de 1989 establece el Sistema Especial de inscripción de empresas y de afiliación, altas y bajas en el Régimen General de la Seguridad Social para los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en Empresas de Estudios de Mercado y Opinión Pública y regula las peculiaridades en orden a determinadas prestaciones. El Sistema será de aplicación a los empresarios de estudios de mercado y opinión pública respecto de los trabajadores fijos discontinuos que realicen tareas de encuestación.

La inscripción que el empresario realice será independiente de la que tenga formulada o deba formular si por cuenta del mismo empresario prestan servicios otros trabajadores incluidos que no ostenten la condición de fijos discontinuos, es decir, se realizará una doble inscripción, una para los empleados del Régimen General y otra para los del Sistema Especial.

Las altas y bajas sucesivas intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva de estos trabajadores se presentarán dentro de los diez primeros días de cada mes, en modelo oficial, con indicación de los días en que han prestado servicios durante el mes anterior y el total de los días trabajados en el mismo.

Pero la mayor peculiaridad de este Sistema puede hallarse en las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia e incapacidad transitoria. En las prestaciones de asistencia sanitaria, pues estos trabajadores fijos discontinuos permanecerán en situación asimilada a la de alta, a efectos de dicha prestación durante los días en que no presten servicios efectivos en la empresa. Por lo que respecta a la asignación periódica por hijo a cargo, su abono por los empresarios en régimen de pago delegado se realizará mensualmente en proporción a los días en que el trabajador haya permanecido en alta. Y en cuanto a la incapacidad transitoria, se establece que si encontrándose el trabajador en situación legal de incapacidad laboral transitoria se interrumpiese o finalizase la actividad intermitente o de temporada de la empresa seguirá percibiendo la prestación en las mismas condiciones en que venía recibiendo, excepto en lo que se refiere a su sistema de abono, que pasará a ser efectuado en régimen de pago directo por la propia entidad gestora, hasta que por cualquiera de las causas previstas para esta contingencia se extinga tal situación, si al inicio de una nueva fase de actividad persistiera dicha situación de incapacidad laboral transitoria del trabajador, el empresario le incluirá en la relación nominal haciendo constar esta circunstancia, y reiniciará sus obligaciones en materia de cotización y colaboración voluntaria, pero si el hecho causante de la incapacidad laboral transitoria se hubiera producido durante los periodos de inactividad del trabajador, no se devengará el subsidio.

7. Sistema Especial de Frutas y Hortalizas e Industrias de Conservas Vegetales

La Orden de 30 de mayo de 1991 regula los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas e Industrias de Conservas Vegetales, dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Este sistema encuadra a las empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas, y de fabricación de conservas vegetales y a todos los trabajadores de las empresas mencionadas, cualquiera que sea la duración prevista de sus contratos laborales, siempre que sus actividades se realicen de manera intermitente o cíclica²⁵, salvo que se renuncie a la aplicación del Sistema, en cuyo caso podrán acogerse a las normas del Régimen General, de acuerdo con la Disposición Adicional de dicha Orden.

El encuadramiento en este Sistema Especial o en el Régimen Especial Agrario de las actividades de mani-

²⁵ Las campañas se iniciarán el 1 de enero, finalizando el 31 de diciembre de cada año. Fechas que admiten cierta flexibilidad, pues las empresas afectadas podrán solicitar, razonadamente, la alteración de las fechas de consideración de inicio y finalización de una determinada campaña y a la vista de las alegaciones que se formulen, el Director Provincial de la TGSS resolverá sobre la modificación solicitada.

pulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas en el caso de las cooperativas agrarias dedicadas a la comercialización de frutas y hortalizas directamente, cultivadas y obtenidas por los socios, viene siendo desde antiguo una cuestión controvertida. La doctrina del Tribunal Supremo no es muy clarificadora, ya que en un primer momento sostuvo como criterio de inclusión en el Régimen Especial Agrario que la tarea fundamental desarrollada por la cooperativa sea la de producción (STS de 30 de noviembre de 1988) y mientras que la STS de 28 de abril de 1992 señala que el Sistema Especial va dirigido a empresas exclusivamente dedicadas a la manipulación, envasado y comercialización, adquiriendo los productos de terceros, pero no a las empresas agrícolas, fundamentalmente dedicadas al cultivo de tales productos, en las que en el ciclo productivo aparece una última fase de envasado para la comercialización del producto²⁶, la STS de 26 de abril de 1993, dictada para unificación de doctrina, declara que <<se hallan comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social, procedimiento especial regulado por las Órdenes Ministeriales de 3 de mayo de 1971 y de 30 de mayo de 1991, sustitutiva de la anterior, los trabajadores dedicados a operaciones o labores de manipulación (clasificación, selección, limpieza y envasado en cajas o mallas) de frutos y productos del campo, realizados por trabajadores asalariados, por cuenta de una cooperativa agrícola de comercialización, de la que son socios los cultivadores directos de los productos objeto de tales labores de acondicionamiento>>²⁷. Este último criterio jurisprudencial arguye que el art. 8 del RD 3772/1972 distingue tres tipos de labores agrícolas entre las que no encajan las labores de manipulación y envasado de frutas y hortalizas, pues éstas no deben considerarse como labores de obtención directa, almacenamiento en lugar de origen, o transporte, ni como labores accesorias de primera transformación, con lo que atendiendo a esta doctrina los trabajadores fijos discontinuos que realizan operaciones de manipulación, es decir, limpieza, lavado, encerado, selección y envasado en cajas o mallas, de frutos y productos del campo deben estar encuadrados dentro del Sistema Especial²⁸.

Las altas y bajas sucesivas intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva de los trabajadores se comunicará antes de la finalización del mes siguiente al que

hayan tenido lugar, mediante documento referido a la totalidad de los trabajadores afectados. Si bien, el distintivo de este Sistema es la obligación de que estas empresas lleven un Libro de Anotaciones diarias de las altas y bajas sucesivas²⁹.

Referente a la cotización, a los efectos de cómputo de los periodos a considerar en la fijación de los importes de las bases reguladoras de prestaciones y de periodos de carencia, así como, en su caso, para la determinación del porcentaje a aplicar para el cálculo de la cuantía de la prestación de jubilación, a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos o recuperables y de descanso semanal que, en cada caso, corresponda y por los que asimismo se haya cotizado. A dicho fin, cada día de trabajo se considerará como 1,33 días de cotización cuando la actividad se desarrolle en jornada laboral, de lunes a sábado, y como 1,61 días de cotización cuando la actividad se realice en jornada de lunes a viernes.

También en este Sistema el ingreso de las cuotas podrá efectuarse directamente por la empresa o a través de asociaciones empresariales.

8. Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Remisión

Este Sistema Especial es tratado al hilo de los artículos de este ejemplar de la revista que versan sobre el Régimen Agrario y la reforma de la estructura del Sistema de Seguridad Social de obligada remisión.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LOS SISTEMAS ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL

El carácter minoritario de los Sistemas Especiales de Seguridad Social, dado su reducido ámbito de aplicación, la crisis de ciertos sectores a los que va dirigido, y la desaparición de algunos de sus referentes como

²⁶ Vid. las SSTs de 14 de octubre de 1988 (RJ 7690) y de 11 de abril de 1991 (RJ 3203).

²⁷ Vid. las SSTs de 4 de enero de 1979 (RJ 205), de 10 de marzo de 1979 (RJ 1094), de 24 de noviembre de 1987 (Sala 5) (RJ 8243), de 23 de noviembre de 1987 (RJ 9288), de 3 de febrero de 1992, de 21 de abril de 1992 (RJ 2668).

²⁸ Cfr. CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., *op. cit.*, págs. 108-109.

²⁹ En las Empresas o Centros de trabajo que tengan constituido Comité de Empresa, la firma de los trabajadores en el Libro de Anotaciones podrá ser suplida, a opción de la empresa, por la firma de los representantes de los trabajadores, y la opción por una u otra fórmula podrá ser revisada por la empresa en todo momento.

la cotización por canon en dos de los sistemas más arraigados, no hacía presagiar su revitalización en estos últimos lustros, convirtiéndose en la oportuna respuesta a la anhelada unificación de los Regímenes Especiales.

UNA CUESTIÓN PENDIENTE
HA SIDO Y SERÁ SIEMPRE
DILUCIDAR SI ÉSTOS
SISTEMAS ESPECIALES
CONSTITUYEN
UN GRAVAMEN O UN
PRIVILEGIO

Efectivamente, el tema de los Sistemas Especiales ha estado bastante olvidado, activándose tan sólo al plantearse determinados interrogantes, como si cabe aplicar a las empresas de trabajo temporal las normas que los regulan, a lo que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Circular de 11 de junio de 1999) respondió que tan sólo era factible para los servicios extraordinarios de hostelería, ya que en el resto de Sistemas la empresa de trabajo temporal no cumple con los requisitos subjetivos exigidos por la normativa de cada unos de ellos. Además, una cues-

tión pendiente ha sido y será siempre dilucidar si éstos constituyen un gravamen o un privilegio³⁰, y si realmente contribuyen a la mayor fragmentación del sistema o a su posible unificación en dos Regímenes: un Régimen General y otro Especial.

Pese a todo, las perspectivas de futuro parecen encaminarse a su ampliación como recurso para la unificación de los Regímenes Especiales, inclinándose el legislador por la tesis que aboga por estimar que con esta técnica pueden solventarse los problemas técnicos que las peculiaridades del colectivo afectado, del tipo de trabajo o índole del proceso productivo pudieran plantear³¹. Así, los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario ya han sido integrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia mediante el Sistema Especial que para los mismos dispone la Ley 18/2007, de 4 de julio y del mismo modo se prevé para el 1 de enero de 2009 la integración de los trabajadores eventuales y fijos discontinuos por cuenta ajena del sector agrario en el Régimen General también por medio de un Sistema Especial, sin bien, con respecto a los Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y de Trabajadores del Mar no hay una orientación clara³². ●

³⁰ Para CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., pág. 96 <<Todo sistema especial es ya de por sí un privilegio para el que lo tiene, fundamentalmente en lo que se refiere a la cotización, pues en otro caso habría producido un rechazo por parte de los encuadrados, que no conocemos se haya producido hasta la fecha en ninguno de ellos>>. Con todo, según GALA VALLEJO, C., op. cit., págs. 58-59, éstos <<han constituido un retroceso, reduciendo cuantitativamente la cotización de manera indiscutible>>, y critica, como también lo hace CONCEPCIÓN SEVILLANO <<la picaresca>>.

³¹ En sentido opuesto cfr. CONCEPCIÓN SEVILLANO, J. L., op. cit., págs. 19 y 20, que sostiene que los Sistemas Especiales <<muchas veces deben su nacimiento a una gestión en la que el gobernante ha creído que era interesante y político, atender a las aspiraciones de un sector laboral; otras sirven para mantener las situaciones que en tiempos pasados pudieron tener actualidad, pero que hoy carecen por completo de virtualidad>> y que redundan en la necesidad de una actualización de los mismos para que no sigan manteniendo situaciones de privilegio y se reduzcan las oportunidades brindadas para la picaresca.

³² Vid. GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social" en *La reforma de la Seguridad Social, 2007*, Albacete, Bomarzo, págs. 29 y ss.

CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Alberto CÁMARA BOTÍA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad de Murcia

59

1. Un régimen especial de seguridad social para los trabajadores autónomos

La reciente Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) proclama, sobre el fundamento del art. 41 CE, el derecho de quienes ejercen una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma “al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 23.1), instrumentándose la protección “a través de un único régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia

o Autónomos, sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social” (art. 23.2). El precepto transcrito es, por el momento, el término final de una compleja historia normativa que, a grandes rasgos, se intenta contar en estas páginas¹*. Una historia en la que se muestra cómo en el proceso de configuración de la protección social se concilia “el progresivo perfeccionamiento de esa protección y la adaptación de ésta a las cambiantes exigencias de cada época”².

Las razones justificativas del régimen especial de autónomos son bien conocidas. La distinción entre régimen general y regímenes especiales³ es introdu-

¹ * Estas páginas resumen y actualizan mis anteriores trabajos: [con J. GIL PLANA]: “El Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores autónomos: génesis, evolución y perspectivas”, DL 69 (2003) y [con F. CAVAS MARTÍNEZ]: *La Acción Protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 21 a 45.

² MONTOYA MELGAR, A.: “Estudio preliminar”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 46.

³ TORTUERO, J. L. y PANIZO, J. A.: *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes*, Fundación Alternativas (Documento de trabajo 12/2003), Madrid, 2003. Sobre los “problemas de la seguridad social de los trabajadores autónomos” es obligada la lectura de DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 25-42.

cida en nuestro Derecho por la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (LBSS) y articulada en el Texto Articulado I de la Ley de Seguridad Social [Decreto de 21 de abril de 1966 (LSS 1966)]. Desde entonces se mantiene un régimen especial para los trabajadores por cuenta propia o autónomos [art. 10.2.c) LGSS]. Siendo el trabajador por cuenta ajena el sujeto típico protegido por los seguros sociales, primero, y por el régimen general, después, es evidente que la incorporación del trabajador autónomo a la previsión social no se podía efectuar aplicando las mismas técnicas. En el trabajo autónomo faltan: a) el empresario, que asume importantes obligaciones dentro del régimen general; y b) el salario, base sobre la que se estructuran la financiación del régimen (cotización) y las prestaciones (renta de sustitución del salario) dispensadas. Ello llevó a “instrumentar un Régimen especial”⁴, pues “es imposible mientras el concepto de trabajador y el Derecho del Trabajo se mantengan a base del principio de ajenidad incluir a tales trabajadores sin empresario en un Régimen general que utiliza a dicho empresario como una de sus bases estructurales y funcionales”⁵.

De los diferentes regímenes especiales el de autónomos es, hoy, el más importante, tanto cuantitativa como cualitativamente. Para sostener tal afirmación basta considerar su pacífica existencia actual y futura, pues el RETA escapa al proceso de eliminación de regímenes especiales. Dicho de otro modo: existe la convicción (normativa, política y social) de la necesidad de este régimen especial de seguridad social, frente al carácter eventual de los demás⁶. El llamado *Pacto de Toledo*⁷, primero de una serie de documentos que marcan el rumbo actual de la Seguridad Social española, bajo la rúbrica de “simplificación e integración de regímenes especiales”, recomienda “que se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por

EN EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL SE CONCILIA EL PROGRESIVO PERFECCIONAMIENTO DE ESA PROTECCIÓN Y LA ADAPTACIÓN DE ÉSTA A LAS CAMBIANTES EXIGENCIAS DE CADA ÉPOCA

cuenta propia”. Puesto que el criterio de encuadramiento en el nivel contributivo del sistema español de seguridad social es el desarrollo de una actividad profesional (art. 2 LGSS), de un trabajo, y éste puede ser por cuenta propia o ajena, autónomo o dependiente, estos dos grandes regímenes de Seguridad Social vendrían a recoger

ambas realidades. Con estas dos piezas simétricas quedaría configurada la seguridad social contributiva española, haciendo primar el modo según se trabaja (autónomo o dependiente) sobre el sector en el que se trabaja, aunque teniendo en cuenta las particularidades que estos imponen (“contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimopesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”).

Como ya se ha señalado la persistencia del RETA parece garantizada salvo que se produzcan espectaculares cambios que alteren la actual política de Seguridad Social reflejada y orientada por el *Pacto de Toledo* (1995), el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social (1996), el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social (2001), la “renovación” del Pacto de Toledo (2003) y el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social (2006). Indiscutida su existencia los problemas se plantearán sobre su configuración (campo de aplicación, acción protectora, financiación): la cuestión no es tanto el *si* sino el *cómo*. En los apartados siguientes se repasan, sucintamente, las diferentes etapas de formación del vigente Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

⁴ MONTROYA MELGAR, A.: “La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones”, RPS 98 (1973), pág. 8.

⁵ BAYÓN CHACÓN, G.: “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: régimen general y regímenes especiales”, en VV. AA: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 16.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El RETA se mueve”, AS 5 (2003), pág. 2. Sobre la justificación del RETA, PIÑERO DE LA FUENTE A. J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 180-187.

⁷ *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*. BOCG-CD, Serie E, núm. 134, 12 de abril de 1995.

2. La exclusión de los trabajadores autónomos de los seguros sociales: 1900-1960

Mientras que, con carácter general, la Seguridad Social española nace, con mayor o menor exactitud, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, los trabajadores autónomos se incluyen en instituciones de previsión social en fechas mucho más tardías. Trabajadores autónomos, debe precisarse, de la industria o los servicios, pues los autónomos agrarios fueron incluidos en la Seguridad Social por la Ley de 10 de febrero de 1943 que estableció el régimen especial de la Seguridad Social agropecuaria “aplicable a todos los trabajadores agropecuarios, tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia o autónomos”⁸.

Los seguros sociales se crean, es de sobra conocido, como una de las múltiples soluciones de la llamada “cuestión social”⁹. Dentro de este contexto es evidente que el sujeto protegido es el obrero, el trabajador dependiente y por cuenta ajena. No extrañará, por tanto, que el trabajador autónomo se encuentre ausente de las primeras normas sobre seguros sociales, que, inescindibles de las laborales, limitan su campo de aplicación a los asalariados.

Como excepciones a la anterior regla general algunas normas de seguros sociales contienen referencias a los trabajadores autónomos como sujetos protegibles. Referencias caracterizadas tanto por su naturaleza programática, necesitadas de ulteriores complementos que nunca llegaron, como por llamar la atención sobre un problema pendiente no solucionado: la integración de los autónomos en la previsión social. De este modo los autónomos aparecen como sujetos a los que *todavía no* se han extendido los seguros sociales *pero deberían* extenderse. Expresión de este reconocimiento fueron las recomendaciones núm. 43 (1933) *sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte* y, con carácter más general, la núm. 67 (1944) de la OIT *sobre la seguridad de los medios de vida*¹⁰.

3. La inclusión de los autónomos en la Seguridad Social a través del Mutualismo Laboral: 1960-1970

Como es bien sabido los seguros sociales de carácter general coexistieron con el seguro de riesgos profesionales y con una especie de microsistemas de seguridad social de carácter sectorial (“un aseguramiento social por ramas de la producción”¹¹) que actuaban superpuestos y conjuntamente con ellos, dando lugar a dos niveles de aseguramiento: a) uno general y básico, representado por los seguros sociales; b) otro, sectorial y complementario del anterior, actualizado en las mutualidades laborales¹². Este segundo nivel se estableció para mejorar las prestaciones “uniformes a un nivel mínimo”¹³ que dispensaban los seguros sociales generales. La Orden de 10 de septiembre de 1954 aprobó el Reglamento General del Mutualismo Laboral.

El mutualismo fue la vía utilizada para incluir a los autónomos en la Seguridad Social. No la extensión del campo de aplicación de los seguros sociales sino la extensión del mutualismo laboral, a través de mutualidades creadas específicamente para los trabajadores por cuenta propia. Ello permitiría eliminar los desajustes que hubiera producido la simple incorporación de los autónomos a los seguros sociales generales. El art. 1 del Decreto 1167/1960, de 23 de junio dispuso la extensión de “los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores independientes, autónomos y artesanos”. Se daba así “uno de los pasos más importantes”¹⁴ en la generalización de la seguridad social.

Al amparo de la norma de 1960 se constituyeron la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Alimentación (Orden de 13 de diciembre de 1961) y la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de Transportes y Comunicaciones (Orden de 31 de marzo de 1962). Pudo así escribirse que “el régimen nació con un núcleo muy concretamente particularizado en determinado sector [...] los pequeños empresarios, de pequeños establecimientos, tiendas de ultramarinos

⁸ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, IEP, Madrid, 1975, págs. 103-104.

⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en VV. AA.: *La legislación social en la historia de España, desde la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, págs. xxv-xviii.

¹⁰ *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, OIT, Ginebra, 1985, págs. 265 y 491.

¹¹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 40.

¹² REDECILLAS, A.: *El mutualismo laboral como medio de protección social*, CES, Madrid, 2001.

¹³ DESDENTADO BONETE, A.: “El sistema normativo de la Seguridad Social”, *RDS* 18 (2002), pág. 12.

¹⁴ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: *cit.*, pág. 571.

o similares”¹⁵. Estas mutualidades vendrían a suponer el “período de prueba” de la incipiente previsión social de los trabajadores autónomos cuya consolidación se produciría con la Orden de 30 de mayo de 1962 al crear las siguientes mutualidades en las que se integra-

ron las anteriores: a) Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de Servicios; b) Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Industria; y c) Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de las Actividades directas para el Consumo. Las tres Mutualidades se regían por la misma normativa, la citada Orden de 30 de mayo de 1962, por lo que se pudo decir que “constituían en realidad un régimen o sistema unitario, diversificado a los puros efectos de su organización y funcionamiento”¹⁶. Sus características permitieron escribir que “sin perder los caracteres esenciales de un seguro social [...] establece un sistema de cobertura paralelo al de un seguro privado, fundamentalmente en cuanto que, partiendo de distintos niveles de cotización, cada interesado es libre de elegir el nivel deseado, del que dependerá la cuantía de las prestaciones”¹⁷.

DE LOS DIFERENTES
REGÍMENES ESPECIALES, EL
DE AUTÓNOMOS
ES, HOY, EL MÁS
IMPORTANTE, TANTO
CUANTITATIVA COMO
CUALITATIVAMENTE

otras notas, por “generalizar la protección a la población activa en su conjunto.” Sobre este último factor la propia ley expresamente es consciente de que “al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación, en el que quedarán encuadrados todos los españoles [...] cualquiera que sea su actividad profesional”, y se confirma “la extensión de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos y vitaliza y ordena de este modo las manifestaciones protectoras nacidas en los últimos años a su favor”. De conformidad con los anteriores criterios de la exposición de motivos, la Base segunda [apartado 5.b)] incluye dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social a los “trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que figuren integrados como tales en la entidad sindical a la que corresponda el encuadramiento de su actividad y reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen”. Tomada la decisión de incluir a los trabajadores autónomos dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social faltaba determinar la fórmula técnica para hacerla efectiva. Básicamente había dos opciones: integrarlos de igual modo que se incluía a los sujetos tradicionalmente protegidos, los trabajadores por cuenta ajena, o establecer unas reglas distintas para los trabajadores por cuenta propia. Esta segunda sería la opción tomada al configurarse un régimen especial de “trabajadores por cuenta propia o autónomos”, uno más de los previstos para “aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciera preciso” establecer un régimen especial “para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social” [base tercera, apartado 10.f)].

La LSS 1966 recogería el contenido de las bases incluyendo a los autónomos dentro de su campo de aplicación [art. 7.b)], estructurando el sistema de la Seguridad Social a partir de un régimen especial y varios especiales (art. 9) y, en fin, previendo el establecimiento de un régimen especial para los trabajadores autónomos [art. 10.2.c)]. Al tiempo de su constitución se ordenaba su regulación reglamentaria (art. 10.5), con sujeción al título I de la Ley y al principio de tendencia hacia la “máxima homogeneidad posible con los principios del Régimen General” (art. 10.6). La regulación reglamentaria llegaría con el Decreto

4. La configuración inicial del régimen especial de trabajadores autónomos en 1970

Con la promulgación de la Orden de 30 de mayo de 1962 se había producido: a) la incorporación de los trabajadores autónomos a la previsión social; b) la creación de un régimen especial *de facto* para los mismos, sin mención legal pero realmente especial. Un año y medio después de la Orden de 30 de mayo de 1962 se promulgó la LBSS. Había llegado “el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social”, caracterizado, entre

¹⁵ BLANCO, J. E.: “La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España”, *RPS* 59 (1963), págs. 39-40.

¹⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “La Seguridad Social de los trabajadores autónomos”, *RlbSS* 5 (1963), págs. 1078 y 1079.

¹⁷ MONTALVO CORREA, J.: “Régimen especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, en VV. AA.: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de Seguridad Social*, cit., págs 244y 245.

2530/1970, de 20 de agosto (DRETA), desarrollado por la Orden de 24 de septiembre de 1970 (ORETA). De este modo a la altura de 1970 teníamos configurado el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, regulado, en este orden, por el título I de la LSS 1966, el DRETA y la ORETA.

LA PERSISTENCIA DEL RETA PARECE GARANTIZADA SALVO QUE SE PRODUZCAN ESPECTACULARES CAMBIOS QUE ALTEREN LA ACTUAL POLÍTICA DE SEGURIDAD SOCIAL

La regulación del régimen especial debía efectuarse con la “máxima homogeneidad posible” con el régimen general (art. 10.6 LSS 1966). Parece que tales condiciones de “posibilidad” no existieron, pues en un somero examen pueden apreciarse las siguientes divergencias del RETA con el régimen general:

- No se distingue entre contingencias comunes y profesionales. No hay, por tanto, un concepto de accidente de trabajo distinto del común, ni de enfermedad profesional distinta de la no laboral, merecedores de un trato privilegiado.
- No se protege el desempleo.
- Se excluyen las prestaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional e incapacidad permanente parcial.
- Se restringen enormemente las prestaciones de:
 - Asistencia sanitaria, pues como tal se limita a los pensionistas del régimen especial. Para los trabajadores autónomos en activo se prevé exclusivamente una “ayuda económica con ocasión de intervención quirúrgica”
 - Protección de la familia, reducidas a asignaciones por contraer matrimonio y por nacimiento de cada hijo.

Este cuadro revela, como se escribió en la época, “una deficiencia de protección [...] que debe ser corregida tomando como plano de referencia la del régimen general”¹⁸. A la luz de todo lo anterior podría concluirse que lo logrado en un primer momento con el RETA

fue, fundamentalmente, un seguro de pensiones, en el que, pese a su obligatoriedad, el beneficiario podía determinar libremente su aportación en virtud del sistema de cotización con libre elección de base (arts. 24 a 26 ORETA).

5. El perfeccionamiento de la acción protectora: 1970-1978

Configurado el sistema español de Seguridad Social con la LSS 1966 y, en lo que afecta al régimen especial de nuestro interés, por el DRETA y la ORETA, la siguiente gran modificación del mismo se produciría con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General (LFPSS) que, como su título indica, no se extendía a los regímenes especiales.

Excluida la aplicación de la LFPSS al RETA las reformas que afectaron al régimen especial durante estos años fueron las siguientes:

- a) Simplificación administrativa. En 1962 se habían creado tres mutualidades de trabajadores autónomos a las que el DRETA encomendó la gestión del régimen especial (art. 67.1). Estas tres mutualidades se integraron en una única Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos creada por el RD 2564/1977, de 6 de octubre.
- b) Establecimiento de reglas de aplicación paulatina de los períodos mínimos de cotización en atención a la incorporación al régimen especial de nuevos sectores profesionales (Decreto 3088/1972, de 19 de octubre).
- c) Reforma del sistema de determinación de las bases de cotización (art. 15.1 DRETA; Orden de 7 de agosto de 1972; RD 2398/1976, de 1 de octubre).
- d) Mejora de la acción protectora del RETA. Esta mejora se produce de dos modos:
 - Por una parte, mejorando directamente prestaciones que el propio régimen dispensaba. Es el caso de la ayuda por intervención quirúrgica (art. 60 DRETA y RD 2398/1976, de 1 de octubre).
 - Por otra, incorporando nuevas prestaciones al RETA como mejoras voluntarias. Así sucedió primero con las prestaciones de asistencia sanitaria y pro-

¹⁸ ALONSO OLEA, M.: “Características comunes y clasificación de los regímenes especiales”, en VV. AA: *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de Seguridad Social*, cit., pág. 36.

tección a la familia (RD 1074/1977, de 23 de abril desarrollado por la Orden de 25 de mayo de 1977) y, posteriormente, con las prestaciones de incapacidad laboral transitoria (RD 1774/1978, de 23 de junio desarrollado por Orden de 28 de julio de 1978).

6. La Constitución de 1978 y el régimen especial de autónomos

La promulgación de la Constitución en 1978¹⁹, con su fundamental art. 41 en materia de Seguridad Social, permitió replantear la relación entre régimen general y regímenes especiales a la luz del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE²⁰. Siendo distintos los niveles de protección y el régimen jurídico de las prestaciones en los diversos regímenes la posible discriminación quedó planteada. La respuesta del Tribunal Constitucional fue, desde los inicios, terminante: de la mera existencia de diversos regímenes de Seguridad Social no se puede deducir que las desigualdades entre los mismos sean contrarias al art. 14 CE (ATC 460/1984, de 18 de julio), estando justificada la existencia de diversos regímenes en función de la distinta actividad profesional que determina el encuadramiento en uno o en otro. En este sentido declaró la STC 173/1988, de 3 de octubre que “no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otros son muy claras”.

A partir de esta base el Tribunal Constitucional razonaría que no tiene sentido comparar aspectos parciales de regímenes diversos de Seguridad Social, que si precisamente existen es porque responden a exigencias materiales distintas. Intentar comparar aspectos parciales constituye, a juicio del TC, un “error de enfoque”²¹, estando condenados al fracaso los intentos que sigan tal camino²². Rigiéndose las relaciones entre Régimen General y especiales por el principio de especialidad, “el principio mismo de ‘especialidad’ normativa que tales normas expresan impide su contraste con lo establecido en el Régimen General”²³. A

propósito del régimen de autónomos se plantearon alguna de estas pretensiones de discriminación: así las SSTC 184/1993, de 31 de mayo y 38/1995, de 13 de febrero. En ambos casos sería el reglamento el remediado frente a las desigualdades: el RD 9/1991, de 11 de enero.

7. El Régimen de Autónomos tras la Constitución (1978-2008)

Los últimos treinta años de evolución del régimen especial de autónomos pueden sintetizarse en las grandes líneas de evolución siguientes:

A) La homogeneidad con el Régimen General

Fundamental ha resultado la aproximación protectora al régimen general. Ya por vía de equiparación o, produciendo idéntico efecto por distinto camino, mediante la regulación común de determinadas instituciones para todo el sistema de la Seguridad Social. Así sucedió, salvo limitadas excepciones, con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora, con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social y con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

En materia de prestaciones de *muerte y supervivencia* el RD 9/1991, de 11 de enero (disposición adicional 13ª.3) dispuso el reconocimiento de tales prestaciones “en los mismos términos que en el Régimen General,

en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos previos de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación”. Esta mis-

EL MUTUALISMO
FUE LA VÍA UTILIZADA PARA
INCLUIR A LOS AUTÓNOMOS
EN LA SEGURIDAD
SOCIAL

¹⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: **Seguridad Social y Constitución**, Civitas, Madrid, 1995.

²⁰ Sobre esta cuestión, detenidamente, LUJÁN ALCARAZ, J. y SÁNCHEZTRIGUEROS, C.: “Regímenes Especiales de la Seguridad Social”, en VV. AA.: **El modelo social en la Constitución Española de 1978**, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

²¹ Auto TC 1015/1988, de 12 de septiembre.

²² Auto TC 987/1986, de 19 de noviembre.

²³ Auto TC 1397/1987, de 9 de diciembre.

ma norma produjo una importante homogeneización en materia de *incapacidad permanente*: i) suprimió el requisito de que el beneficiario tuviera cumplidos los 45 años de edad en la fecha en que se entendiera causada la pensión; ii) suprimió el requisito del período previo de cotización para el acceso a las pensiones de incapacidad permanente derivada de accidente estando el trabajador en alta o situación asimilada, determinándose la base reguladora conforme a las reglas del régimen general. Habría que esperar al RD 463/2003, de 25 de abril para que se reconociera dentro del RETA la incapacidad permanente total cualificada.

También han sido sustanciales los cambios en la ordenación de la *incapacidad temporal* que ha estado sometida a los siguientes vaivenes:

- a) Desprotección absoluta en la regulación originaria contenida en el DRETA.
- b) Mejora voluntaria: el RD 1774/1978, de 23 de junio estableció la posibilidad de incluir las prestaciones de incapacidad laboral transitoria como mejora voluntaria.
- c) Cobertura obligatoria: RD 43/1984, de 4 de enero.
- d) Otra vez mejora voluntaria, con opción de gestión. El art. 104.cuatro.3 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre volvió al sistema de mejora voluntaria. La Ley 22/1993, de 29 de diciembre estableció la posibilidad de concertar tal prestación con el INSS, una mutua de accidentes de trabajo o una mutualidad de previsión social (su concreción reglamentaria en el RD 2100/1994, de 28 de octubre).
- e) Mejora voluntaria con gestión obligatoria por una mutua de accidentes de trabajo. De acuerdo con la disposición adicional 14ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre los trabajadores que opten por la cobertura de la incapacidad temporal “deberán formalizar la misma con una mutua de accidentes de trabajo”.
- f) De nuevo cobertura obligatoria con la LETA. Su art. 26.3 prevé la cobertura obligatoria de la incapacidad temporal para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Con mayor alcan-

ce la DA 3ª LETA prevé que los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social²⁴.

En materia de *accidente de trabajo y enfermedad profesional* la regulación del RETA no distinguía entre contingencias comunes o profesionales. El art. 40. cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre agregó una nueva disposición adicional, la trigésima cuarta, al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en virtud de la cual se extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los autónomos, como mejora voluntaria, siempre que hayan optado por incluir también la prestación económica por incapacidad temporal. El RDLey 2/2003, de 25 de abril (posteriormente Ley 36/2003, de 11 noviembre) estableció reglas en materia de cotización y el R. D. 127/2003, de 10 octubre reglamentó esta materia. La LETA ha vuelto a incidir sobre este punto. Según su art. 26.3 los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Al mismo tiempo se prevé que por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (DA 3ª.2 LETA). Para los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al «Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia», la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria (DA 3ª.3 LETA).

Si se compara el cuadro de acción protectora del régimen general y del régimen de autónomos puede apreciarse cómo una de las grandes diferencias es la falta de protección del desempleo de los autónomos. Pues bien la LETA sienta las bases para su incorporación al prever en su DA 4ª una *prestación por cese de actividad*²⁵.

²⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La Seguridad Social del trabajador autónomo económicamente dependiente”, Información Laboral. Legislación y convenios colectivos, 35 (2007). Véase la Resolución de 16 de enero de 2008 (BOE de 31 de enero de 2008) de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se imparten directrices para la tramitación de los actos de encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

²⁵ “El Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de

Estas normas evidencian que “parecen haber sido las previsiones legales y reglamentarias volcadas en las prestaciones y en las contingencias protegidas las que en mayor medida han ido concediendo un trato homogéneo a los distintos Regímenes de seguridad social, con vistas a su progresiva equiparación o convergencia”²⁶

B) Simplificación e integración de regímenes especiales

La reducción del número de regímenes especiales, mediante su subsunción en el general o en otros especiales es otra de las líneas de evolución que afecta al régimen de autónomos. La Ley 26/1985 ordenó la integración en otros de los regímenes especiales de ferroviarios, artistas, toreros, representantes de comercio, escritores de libros y futbolistas (disposición adicional 2ª). Lo que efectivamente se produjo con el RD 2621/1986, de 24 de diciembre que, en lo que interesa al RETA, determinó la incorporación de los escritores de libros al régimen de autónomos.

Esta tendencia simplificadora sería reflejada en el *Pacto de Toledo*, con dos importantes recomendaciones sobre los regímenes especiales:

i) En materia de financiación: “modificar en lo posible la situación actual, bajo el criterio de que, a igualdad de acción protectora, debe ser también semejante la aportación contributiva” (recomendación cuarta).

ii) Por lo que se refiere a la propia existencia de los regímenes especiales: simplificación e integración (recomendación sexta). Se opta por continuar reduciendo el número de regímenes y lograr la homogeneización del sistema de pensiones “de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante,

SI SE COMPARA EL CUADRO DE ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL Y DEL RÉGIMEN DE AUTÓNOMOS PUEDE APRECIARSE CÓMO UNA DE LAS GRANDES DIFERENCIAS ES LA FALTA DE PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO DE LOS AUTÓNOMOS

las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sistemas marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”.

El posterior Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social (1996) volvería a reiterar

la “convergencia” de todos los regímenes “hacia los dos regímenes de trabajadores por cuenta propia y cuenta ajena”.

El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social (2001)²⁷ establecería un programa más concreto de actuaciones:

a) Simplificación de la estructura del sistema mediante la simplificación e integración de regímenes en la línea de la recomendación sexta del Pacto de Toledo (apartado VI). Para ello se contempla: 1.º) la inclusión de los autónomos del régimen especial agrario en el RETA; 2.º) posteriormente se incluirían en el RETA los autónomos del régimen especial del mar.

b) Lucha contra el fraude (apartado XI), estableciendo las medidas pertinentes para lograr el correcto encuadramiento de los trabajadores en el régimen correspondiente de Seguridad Social, “de forma que se adecúe correctamente el encuadramiento a la actividad económica realizada”. Se trata, en definitiva, de

actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida.

La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la Ley General de la Seguridad Social, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo.

Las Administraciones Públicas podrán, por razones de política económica debidamente justificadas, cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos.”

²⁶ GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, M. A.; RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, (17) 2007, pág. 15.

²⁷ MONTÓYA MELGAR, A.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.; CÁMARA BOTÍA, A.: “Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Foro de Seguridad Social* 6-7 (2002), págs. 83 ss.

evitar el “régimen-shopping”. Relevante por lo que afecta al RETA era la previsión de estudiar la situación de quien se encuentra encuadrado en seguridad social careciendo de las debidas licencias o permisos administrativos de actividad.

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social (2006), siguiendo las recomendaciones tercera y sexta del Pacto de Toledo, contempla la integración en el Régimen de Autónomos de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial agrario, lo que ha sucedido mediante la Ley 18/2007, de 4 de julio que crea un sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el Régimen especial de los trabajadores por Cuenta Propia²⁸.

C) La “legalización” del RETA

La LETA puede considerarse tanto símbolo de las modificaciones operadas en el régimen de autónomos durante las últimas décadas, al convertirse en norma legal de cabecera del RETA, como punto de partida de

sucesivas modificaciones. Si al inicio de la formación del régimen de autónomos encontrábamos simples órdenes ministeriales, al finalizar, por el momento, la historia, encontramos una ley que contiene los “principios cardinales o [...] ejes de la política social correspondiente”²⁹. El cambio es suficientemente indicativo de las vicisitudes operadas en este régimen durante el último medio siglo, de modo que “de las disposiciones iniciales del régimen especial sólo quedan retazos o flecos, una auténtica ruina normativa”³⁰. Precisamente la DA 15ª LETA prevé que “en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la actualización de la normativa que regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos establecida esencialmente en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, parcialmente derogado, a las necesidades y exigencias actuales del colectivo de los trabajadores autónomos. Este estudio preverá las medidas necesarias para fijar la convergencia en las aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos, en relación a los establecidos por los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social” ●

²⁸ Para esta cuestión véase el estudio correspondiente en este mismo número de **Foro de Seguridad Social**.

²⁹ GARCÍA MURCIA, J.: “Trabajo Autónomo”, en GARCÍA MURCIA, J. (dir.): **El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado**, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 55.

³⁰ DESDENTADO y TEJERINA: cit., pág. 39.

EL ENCUADRAMIENTO DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL: UN PROCESO INACABADO*

María del Carmen LÓPEZ ANIORTE

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

68

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de extensión de los beneficios de la Seguridad Social a los profesionales colegiados que trabajan por cuenta propia ha sido lento y complejo. El Régimen de Autónomos, caracterizado desde su constitución por una irrefrenable tendencia a encuadrar en su ámbito aplicativo a todo el que ejerce una actividad sin vinculación laboral -ya se trate de trabajadores societarios, escritores, deportistas, agricultores, e, incluso, religiosos de la iglesia católica-, ha venido ofreciendo resistencia a abrir sus puertas a la generalidad de los trabajadores integrados en colegios profesionales.

En la base de todo ello se halla la sumisión por parte de las normas de la Seguridad Social a la prerrogativa del "autonomismo colegial", en virtud de la cual se ha venido dejando en manos de los colegios la facultad de decidir acerca de la procedencia del encuadramiento en el sistema de quienes se hallan asociados a los mismos.

II. LA PRERROGATIVA DEL "AUTONOMISMO COLEGIAL": DESDE LA CONSTITUCIÓN DEL RETA HASTA LA LEY 30/1995

Desde la constitución del Régimen de Autónomos -en 1970- hasta nuestros días, esta materia ha sido regulada por tres regímenes distintos, siendo el último en el tiempo el establecido en la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, reformada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Para comprender la actual ordenación de la materia es preciso ahondar en su regulación precedente, a cuyo análisis dedicamos el presente apartado.

1. Régimen de integración sindical previa

El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto -constitutivo del RETA- establecía originariamente junto a unos pre-

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad".

supuestos objetivos -desarrollo de una actividad económica lucrativa no asalariada de forma habitual, personal y directa- y subjetivos -edad mínima de 18 años y residencia y nacionalidad españolas-, un requisito adicional, referente a la necesidad de que el trabajador en cuestión figurase integrado como tal “en la entidad sindical a la que correspondiera el encuadramiento de su actividad”, sin que obstara “a tal efecto el incumplimiento por el trabajador de su obligación de integración sindical” (art. 3.1º.a. D 2530/1970).

La afiliación individual de un autónomo a un sindicato constituía, pues, un factor poco decisivo, de suerte que si la actividad desarrollada se hallaba encuadrada sindicalmente, la falta de afiliación individual no impedía el acceso al RETA¹. Inversamente, de no estar la actividad encuadrada, de ningún modo podía quedar el trabajador amparado, estuviera éste o no afiliado de forma individual². Y, en fin, si la actividad no se encontraba encuadrada, pero existía obligación de afiliación del trabajador en razón de su condición de empresario laboral, tampoco en este supuesto cabía la incorporación al Régimen de Autónomos³.

Así pues, lo que efectivamente determinaba la inclusión en el RETA no era la afiliación individual, voluntaria u obligatoria de un concreto trabajador autónomo a un sindicato, sino el encuadramiento sindical de toda una profesión⁴, de suerte que, materializado el referido encuadramiento, los ejercientes de tal profesión carecían de la facultad de optar entre afiliarse o no a este Régi-

EL RÉGIMEN DE AUTÓNOMOS HA VENIDO OFRECIENDO RESISTENCIA A ABRIR SUS PUERTAS A LA GENERALIDAD DE LOS TRABAJADORES INTEGRADOS EN COLEGIOS PROFESIONALES

men sino que, obligatoriamente, debía integrarse en el RETA todo el colectivo. De hecho, este Régimen Especial -como el resto del sistema de la Seguridad Social- había sido concebido sobre la base de la incorporación forzosa y no voluntaria de sectores o grupos en su conjunto.

El colectivo más afectado por el requisito de encuadramiento objeto de estudio fue, precisamente, el de los profesionales liberales⁵, quienes, por falta de la previa integración sindical de su actividad se vieron privados, en buena parte, de la protección del RETA. La situación descrita afectó por igual a abogados⁶, agentes de aduanas⁷, agentes de la propiedad inmobiliaria⁸, farmacéuticos, gestores administrativos⁹, veterinarios, etc¹⁰.

La razón última de la exclusión del RETA de los sujetos arriba indicados parecía hallarse en la vieja cuestión de la exclusión-concurrencia entre sindicatos y colegios profesionales¹¹. Tradicionalmente, estas organizaciones habían sido excluyentes entre sí, que-

¹ De este modo, un trabajador que desarrollara la actividad de autotaxi, encuadrada sindicalmente, aunque no figurara afiliado de forma individual en el correspondiente sindicato, tendría derecho a estar afiliado en el RETA [TCT, 28 de noviembre de 1974 (Aran. 5079)].

² Por todas, TCT, 2-5-1973 (Aran. 1912), 21-3-1975 (Aran. 1584) y 23-3-1977 (Aran. 1756).

³ En este sentido, TCT, 2-5-1973 (Aran. 1912), 21-3-1975 (Aran. 1584) y 12-2-1975 (Aran. 768).

⁴ Véase, MONTALVO CORREA, J., “Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, en *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1972, pág. 252.

⁵ Pero no el único; al menos un colectivo integrado por trabajadores ajenos a la consideración de “profesionales liberales” quedaba excluido del ámbito del RETA por incumplimiento de este requisito: los autónomos agrarios preteridos del REA. Su incorporación al Régimen de autónomos se produjo mediante el Decreto 1118/1975, de 2 de mayo, norma que creó la Mutuality Laboral de Trabajadores Autónomos de la Agricultura, en la que quedaron integrados sindicalmente. En sentido inverso, también se ha de señalar que no todos los profesionales liberales permanecieron al margen del Régimen de Autónomos. Un claro ejemplo lo constituye el colectivo de Ópticos. EITCT, en Sent. de 27 de diciembre de 1976 (Aran. 6305), reconoció el correcto encuadramiento en el RETA de esta profesión titulada, por observar la misma, excepcionalmente el requisito de “afiliación sindical”.

⁶ TCT, 2 de mayo de 1973 (Aran. 1912).

⁷ TCT, 21 de marzo de 1975 (Aran. 1584).

⁸ TCT, 12 de febrero de 1975 (Aran. 768).

⁹ Cfr. Informe TGSS de 25 de abril de 1988

¹⁰ Cfr. MONTALVO CORREA, J., “Régimen especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, cit, pág. 252, y RODRIGUEZ BALLESTER, S., “El concepto de trabajador autónomo en el régimen del Mutualismo Laboral”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, año XIV, núm. 6-1965.

¹¹ Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., “Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico”, *Revista de Seguridad Social*, julio-septiembre 1982, núm. 15, págs. 151 y ss.

dando reservados los sindicatos a empleados y obreros, y los colegios a profesionales titulados. Si bien el Fuero del Trabajo de 1938 aspiró, dentro de la más pura concepción del Estado Nacional-Sindicalista¹², a la integración de los colegios en la Organización Sindical, la Ley de 26 de enero de 1940, mantuvo con carácter pretendidamente transitorio la pervivencia de los mismos, al excluir de la integración sindical a “las Corporaciones de Derecho público... que ejerzan... representación profesional económica...” (art. 1, párrafo segundo). La Ley de 6 de diciembre de 1940 volvió a anunciar la integración¹³, pero tampoco esta vez se produjo, perpetuándose los colegios profesionales como organizaciones, exclusivas y excluyentes, de representación de los intereses de estos trabajadores¹⁴.

Finalmente, el art. 22 de la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971, previó la creación, a propuesta de los interesados, de los denominados Colegios Profesionales Sindicales que agruparían a profesionales titulados encuadrados sindicalmente¹⁵. Tenían prohibida, no obstante, la anunciada transformación los Colegios mencionados en la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942, es decir, los de Abogados, Médicos, Farmacéuticos, Veterinarios, Arquitectos¹⁶, Ingenieros, Agentes de Cambio y Bolsa, Economistas, Licenciados y Doctores en Filosofía y Letras, Licenciados y Doctores en Ciencias Químicas y Físico-Químicas, Notarios, Procuradores de los Tribunales, Registradores de la Propiedad¹⁷, y Actuarios¹⁸.

Todo ello se tradujo en la apertura de una vía para la incorporación al RETA de determinados profesionales liberales, aquéllos cuyo Colegio, no teniendo vedada esta opción, estimara conveniente instituirse en Colegio Sindical. Este camino fue seguido por el Colegio

de Agentes de Seguros, que tras la correspondiente transformación en Colegio Sindical, fue formalmente incorporado al Régimen de Autónomos mediante Decreto de 12 de abril de 1973¹⁹. Ello no obstante, dos años antes, el D 2551/1971, de 17 de septiembre, ya había integrado en el campo de aplicación de este Régimen a los Graduados Sociales Colegiados, obviándose el requisito de constitución en Colegio Nacional Sindical; la Orden de 10 de abril de 1972 subsanó tal omisión al disponer, en su art. 3, que los Colegios Oficiales de Graduados Sociales asumirían las funciones atribuidas a la Organización Sindical.

Pese a todo, la condición de encuadramiento sindical seguía restringiendo la posibilidad de extensión de este régimen a buen número de profesionales -aquellos cuyo Colegio no pudiera, o bien, no considerara oportuno instituirse en Colegio Sindical-, razón por la cual, desde los primeros años de vigencia del RETA, la doctrina reclamó la supresión legal de este requisito²⁰.

Finalmente, el Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, eliminó con carácter definitivo la exigencia de sindicación obligatoria, aunque no quedó expedita la vía de acceso de la totalidad de los profesionales liberales a este Régimen Especial, por las razones que a continuación se detallan.

2. Régimen de solicitud formal de inclusión

El requisito de integración sindical pasó de ser una condición obsoleta a quedar totalmente sin efecto a partir del 1 de julio de 1977²¹. Fue necesario esperar, no obstante, algunos años para que se efectuara la oportuna adaptación de la normativa reguladora del

¹² ORTEGA PRIETO, E., *El Contrato de Agencia*, Deusto, Bilbao, pág. 67.

¹³ Disp. Trans. 2ª de la Ley de 6 de diciembre de 1940.

¹⁴ Los Colegios Profesionales contaron con el amparo de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942 (art. 2), y de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, que consolidó la supervivencia de los mismos en su Declaración VIII.

¹⁵ Véase el número monográfico dedicado a esta Ley, en la Revista Internacional del Trabajo (OIT), vol. 85, núm. 3, 1972 (colaboraciones de GARRIDO FALLA, MANTÍN VILLA, RUIZ GIMENEZ, entre otros).

¹⁶ Sólo estos cinco Colegios se enumeraban en la originaria redacción del art. 2.1.i) de la Ley de Cortes de 1942, a efectos de su participación en la composición de las Cortes.

¹⁷ Añadidos por la Ley 1/1967, de 10 de enero, Orgánica del Estado (BOE de 11 de enero de 1967), que modificó determinados artículos de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942.

¹⁸ Adicionado por la Ley 86/1967, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre de 1967).

¹⁹ Advértase que este colectivo fue integrado en el RETA mediante la utilización de la vía prevista en el originario apartado cuatro del art. 3 del D 2530/1970 (derogado por RD 2504/1980, de 24 de octubre), que establecía la posibilidad de incorporar en este Régimen Especial a “aquellos otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos que pueda disponerse por Decreto a propuesta del Ministerio de trabajo y oída la Organización Sindical”.

²⁰ Ver MONTALVO CORREA, J., “Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, cit., pág. 252.

²¹ Art. 1.1 del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio.

Régimen de Autónomos, lo que, finalmente se materializó a través del RD 2504/1980, de 24 de septiembre, cuyo artículo único modificó los artículos segundo, número tres²², y tercero del D 2530/1970.

Tras la supresión del requisito de integración sindical no se hicieron, sin embargo, realidad las expectativas de ampliación de este Régimen a todos los profesionales liberales²³. Aquella exigencia fue sustituida por una condición nueva que acabó estableciendo parecidas limitaciones a la extensión de su ámbito aplicativo que la regulación precedente, quedando redactado el último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del RETA, tras la reforma de 1980, en los siguientes términos: "No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional, se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden Ministerial".

Se trataba, en realidad, de una doble exigencia -solicitud de inclusión, y efectiva integración mediante Orden Ministerial-, ajena tanto a la naturaleza de la actividad desarrollada como a las circunstancias personales del trabajador autónomo. El nuevo requisito sólo se impuso a determinados trabajadores por cuenta propia: aquéllos que para el ejercicio de su actividad necesitaran, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional. No es difícil advertir que la nueva regulación poseía idénticos destinatarios que la inmediatamente precedente, con la diferencia

de que tras la reforma de 1980 dichos destinatarios quedaban manifiestamente especificados: los profesionales colegiados o incorporados a Asociaciones Profesionales.

El requisito no imperaba cuando no existía la obligatoriedad de colegiación o de adscripción a una Asociación Profesional; en tal caso, aún tratándose de profesionales titulados pertenecientes a sectores en los que estuviese constituido un Colegio o Asociación, la incorporación al RETA tan sólo requería la concurrencia de las condiciones generales de encuadramiento²⁴.

Los órganos judiciales no consiguieron ponerse de acuerdo acerca de si en el supuesto de adscripción colegial obligatoria, la falta de colegiación impedía o no el acceso individual al RETA. Mientras, para unos, la colegiación se había convertido en una exigencia adicional que condicionaba la incorporación a este Régimen²⁵, para otros, éste era un dato irrelevante²⁶. En cualquier caso, y esto era lo verdaderamente trascendente, la integración en el Régimen de Autónomos de los destinatarios de este precepto, sólo podía producirse previa solicitud de los Órganos superiores de representación de los Colegios o Asociaciones profesionales, y mediante Orden Ministerial, no admitiéndose la adscripción individual al RETA.

El establecimiento de esta condición se traducía en el mantenimiento de la exclusión del ámbito aplicativo del Régimen de Autónomos de muchos profesionales liberales, tampoco amparados por el régimen anterior (médicos²⁷, sociólogos²⁸, psicólogos²⁹, abogados³⁰, gestores administrativos³¹, odontólogos³², agentes comerciales³³...). Pero, al menos, en un aspecto im-

²² El RD 2504/1980 suprimió, asimismo, la presunción de trabajo autónomo que establecía el art. 2.3 en favor de quien figurase integrado sindicalmente como trabajador por cuenta propia.

²³ Véase, ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., **Compendio de Seguridad Social, Cuarta Edición Renovada**, Tecnos, Madrid, 1991.

²⁴ En este sentido, Circular núm. 2-035, de 7 de agosto, de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre "Inclusión de profesionales adscritos a un colegio o Asociación Profesional en el Régimen Especial de Autónomos". En la misma línea, Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, núm. 5-041, de 22 de octubre de 1993.

²⁵ Cfr. TSJ Baleares, 17 de julio de 1992 (Aran. 3923).

²⁶ TSJ de Castilla y León/Valladolid, 10 de septiembre de 1991 (Aran. 5079).

²⁷ SSTCT, 9 de marzo de 1981 (Aran. 1636), 10 de febrero de 1982 (Aran. 762), 31 de octubre de 1984 (Aran. 8231).

²⁸ STCT, 4 de febrero de 1982 (Aran. 631).

²⁹ STCT, 14 de julio de 1986 (Aran. 6166).

³⁰ SSTSJ Castilla-La Mancha/Albacete, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182); TSJ de Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).

³¹ Véase STS (CONT.-ADM.), 21 de julio de 1986 (Aran. 5538). Ver también Informe TGSS de 25 de abril de 1988.

³² Véase, STCT, 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093). Previa solicitud del Colegio, fueron incorporados al RETA mediante Orden de 25 septiembre de 1981.

³³ El artículo primero del Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por D

portante se había avanzado, pues la exclusión de estos trabajadores ya no se perfilaba como definitiva. Al amparo de la nueva ordenación, ningún colectivo de profesionales titulados tenía prohibida legalmente su integración en el RETA, encontrándose en manos de sus propios Colegios o Asociaciones la llave de acceso al sistema de la Seguridad Social. Acordada la incorporación por el Órgano superior de representación de las mencionadas entidades, el colectivo representado por aquél había de ser integrado en el RETA mediante Orden Ministerial, surgiendo, a partir de este momento, la obligatoriedad de afiliación de todo el grupo.

Por esta vía fueron incorporados al Régimen de Autónomos un total de catorce colectivos. A saber: 1) Economistas (Orden 17-7-1981); 2) Odontólogos y Estomatólogos (Orden 25-9-81); 3) Veterinarios (Orden 3-10-81); 4) Titulados Mercantiles (Orden 8-10-81); 5) Agentes y Comisionistas de Aduanas (Orden 7-10-81); 6) Agentes de la Propiedad Industrial (Orden 20-10-81); 7) Ingenieros Técnicos, Facultativos y Peritos de Minas (Orden 1-4-82); 8) Censores Jurados de Cuentas (Orden 13-4-82); 9) Diplomados en Trabajo social y Asistentes Sociales (Orden 29-7-87); 10) Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (Orden 24-10-88); 11) Doctores y Licenciados en Ciencias Físicas (Orden 13-2-89); 12) Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante (Orden 6-4-89); 13) Ópticos (Orden 9-3-90); 14) Ingenieros Agrónomos (Orden 11-3-93).

El tenor de la condición establecida en el último párrafo del art. 3 del D 2530/1970 fue objeto de análisis, con relativa frecuencia, en el seno de los Tribunales de Justicia. La jurisprudencia justificó el sentido de la reforma, considerándola coherente con el tradicional sistema de encuadramiento en el RETA, en el entendimiento de que "la incorporación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no se ha concebido nunca como consecuencia de una iniciativa individual, sino que ha de haber venido precedida de una integración

LO QUE EFECTIVAMENTE DETERMINABA LA INCLUSIÓN EN EL RETA NO ERA LA AFILIACIÓN INDIVIDUAL, VOLUNTARIA U OBLIGATORIA DE UN CONCRETO TRABAJADOR AUTÓNOMO A UN SINDICATO, SINO EL ENCUADRAMIENTO SINDICAL DE TODA UNA PROFESIÓN

en un colectivo considerado como tal"³⁴.

Ciertamente, desde este punto de vista, no podía parecer extraño que, reconocida la libertad sindical, y suprimido el requisito de integración en Entidades Sindicales, se impusiera la condición de solicitud previa de incorporación al RETA por parte de los órganos superiores de representación de los

correspondientes Colegios o Asociaciones Profesionales. Pero, todavía dos aspectos carecían de explicación satisfactoria. Por una parte, no quedaba claro cuál constituía, en realidad, el fundamento último del establecimiento de nuevos condicionamientos a los profesionales liberales, tras la eliminación de lo que parecía ser el único obstáculo que les impedía el acceso al RETA. De otro lado, se suscitaba la duda de la posible inconstitucionalidad de la previsión contenida en el último párrafo del art. 3 del D. 2530/1970, en cuanto entrañaba una sustancial diferencia de trato entre los trabajadores autónomos que necesitaran para su ejercicio la incorporación colegial o asociativa, y los demás trabajadores por cuenta propia. A ambos interrogantes dio respuesta el Tribunal Constitucional, en la sentencia 68/1982, de 22 de noviembre³⁵.

Respecto de la primera cuestión, el Alto Tribunal, previa indagación en los antecedentes normativos del RETA, intentó desentrañar el "verdadero sentido" que,

3595/1977, de 30 de diciembre, establecía la colegiación obligatoria de los Agentes Comerciales. En ningún momento los órganos superiores de representación del Colegio de Agentes Comerciales solicitaron la integración de este colectivo en el RETA; no obstante, una resolución de 12 de marzo de 1986 declaró incluidos en el RETA a los agentes comerciales que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta propia. Las Salas de lo Social de algunos Tribunales Superiores de Justicia se pronunciaron sobre la situación creada de forma contradictoria: así, el TSJ de Baleares, en sentencia de 13 de septiembre de 1989 (Aran. 2514) denegó la afiliación al RETA a una agente comercial colegiada al no haberse dictado una Orden Ministerial que decretara la incorporación obligatoria de este colectivo al mencionado Régimen Especial, considerando la resolución de 1986 contraria al Decreto de 20 de agosto de 1970; por contra, el TSJ de Valladolid, en sentencia de 29 de enero de 1991 aplicó la mencionada resolución y declaró conforme a Derecho la afiliación en el Régimen de Autónomos de un Agente Comercial.

³⁴ STCT, 10-2-1982 (Aran. 762); en sentido análogo, STCT, 25-3-1981 (Aran. 2093).

³⁵ Sentencia dictada en Recurso de Amparo núm. 87/1982; véase el comentario a la misma realizado por ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1984.

desde sus orígenes, había tenido el establecimiento del requisito de integración sindical. Al respecto, el TC defendió que tal condición nunca fue configurada como factor constitutivo de la afiliación, sino, como un “dato objetivo de carácter referencial, para explicitar la inclusión o exclusión de determinados colectivos profesionales”. De este modo, la norma excluyente siempre habría tenido unos destinatarios predeterminados: los profesionales liberales, organizados en Colegios Profesionales y regidos por la Ley 2/1974, de 13 de febrero. Ahora bien, la razón última de la exclusión del ámbito del RETA de los profesionales colegiados no radicaba en su imposibilidad de integración sindical; más bien, al contrario, esta última había sido consecuencia del “autonomismo colegial”, manifestado, en palabras del Tribunal Constitucional, en “un tono abstencionista y excluyente respecto del encuadramiento sindical..., (y) respecto de su integración en el sistema estatal de Seguridad Social”, de modo que “no afiliación a la Seguridad Social y no integración sindical son dos consecuencias directas, paralelas e independientes, derivadas del fuero colegial (...) aunque la exclusión de la afiliación a la Seguridad Social se exprese de modo indirecto, por referencia a la exclusión de la integración sindical”³⁶.

Desde esta perspectiva, parece -hasta cierto punto- comprensible que tras la abolición del anterior sistema sindical no desapareciera con él la cuestión de fondo: la prerrogativa de la autonomía colegial, manifestada en el señalado “tono abstencionista”. De este modo, el RD 2504/1980, de 24 de octubre, se habría limitado a suprimir los términos del Decreto regulador del RETA que se encontraban implícitamente derogados, no permitiéndose, sin embargo, la incorporación obligatoria y generalizada a este Régimen de todos los profesionales liberales, al condicionarse ésta -por respeto al autonomismo colegial- a la previa solicitud de los órganos superiores de representación de los Colegios o Asociaciones.

Pero, al margen de la constitucionalidad de la medida, no se puede ignorar que la reforma operada por el

RD 2504/1980, de 24 de octubre, planteaba determinados interrogantes en relación con ciertos colectivos, respecto de los cuales con frecuencia se generaba una indeseable situación de inseguridad jurídica. Es el caso, a título de ejemplo, de los profesionales originalmente encuadrados en Colegios Profesionales Sindicales -Ópticos, Delineantes, Decoradores, Administradores de Fincas y Agentes Comerciales- e integrados, por tanto, en el RETA desde la constitución del Régimen, que podían ver cuestionada su permanencia en el mismo a la luz de la nueva redacción del art. 3, párrafo último, del D 2530/1970, o el de aquellos otros colectivos de dudosa tradición colegial -Profesionales del Periodismo- respecto de los cuales formalmente regía la obligatoria adscripción colegial, no imponiéndose, sin embargo, la misma en la práctica. Era, por todo ello, necesario abordar la modificación de la redacción del último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del Régimen de Autónomos.

La segunda gran cuestión suscitada por el tenor del citado párrafo último del artículo 3 del D 2530/1970 era la de la posible inconstitucionalidad de la diferencia de trato jurídico establecida en esta norma, de rango reglamentario³⁷, entre los profesionales a los que se exige incorporación colegial o asociativa, y el resto de los autónomos, a efectos de integración en el RETA.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señaló en la citada sentencia 68/1982 que “el hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del art. 14 de la Constitución”, pudiendo tener la diferencia que se establece una justificación objetiva y razonable³⁸. Y, en concreto, respecto de la diferencia de trato derivada del último inciso del art. 3, el Alto Tribunal, lejos de considerarla arbitraria y discriminatoria, reconoció que la misma “tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos”³⁹, cuales son: 1) de una parte, la propia naturaleza del sistema de la Seguridad Social, que exige su extensión obligatoria a amplias colectividades, “ya que, en otro caso, de admitirse la inclusión individual,

³⁶ STC 68/1982, de 22 de noviembre, cit.

³⁷ Téngase en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 209/1987, de 22 de diciembre: “ni las leyes ni los reglamentos pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que estos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas o legítimas... no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la ley no excluyó”.

³⁸ EITC, en la S. 27/1988, de 23 de febrero, sobre este punto ha manifestado: “la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero tal igualdad..., no constituye un imperativo jurídico”. En el mismo sentido, Sent. TC 103/1984. Ver también STC 38/1995, de 13 de febrero.

³⁹ ALONSO OLEA, M., en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Vol. I, cit., comenta esta sentencia, de la que destaca, además de la interpretación del principio de no discriminación, la importante declaración que en ella se realiza en cuanto a la libertad sindical negativa (definida

se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos⁴⁰; y, de otra, el carácter gradual de la incorporación a la Seguridad Social de los distintos grupos de trabajadores, constituyendo “una opción política legítima el posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional”⁴¹.

Conviene tener presente los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, arriba expuestos. Como se razonará más adelante, ambos resultan dudosamente compatibles con el sistema de opción establecido por la Ley 30/1995.

III. EL VIGENTE RÉGIMEN “DE OPCIÓN” ESTABLECIDO POR LA LEY 30/1995

1. Dudas suscitadas por la Disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, en su originaria redacción

Las expectativas de extensión del RETA a la generalidad de los profesionales colegiados fueron finalmente atendidas por la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que se establecía que sería “obligatoria la afiliación a la Seguridad Social” para todos los profesionales “que se colegien” en un Cole-

TRAS LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DE INTEGRACIÓN SINDICAL NO SE HICIERON, SIN EMBARGO, REALIDAD LAS EXPECTATIVAS DE AMPLIACIÓN DE ESTE RÉGIMEN A TODOS LOS PROFESIONALES LIBERALES

gio Profesional cuyo colectivo no se halla integrado todavía en el RETA, pudiéndose optar, a tal efecto, por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional.

Conforme al tenor literal de aquella norma,

todo parecía indicar que por primera vez en la historia de nuestra Seguridad Social se abrían las puertas del Régimen de Autónomos para cualquier profesional colegiado que trabajara por cuenta propia; desaparecía, de este modo, el “autonomismo colegial” en materia de Seguridad Social⁴², trasladándose la facultad de decidir acerca de la incorporación al RETA del Colegio al propio profesional.

Ahora bien, los términos en los que aquella norma se expresaba eran vagos y contradictorios. Se hablaba en la misma de “obligatoria afiliación a la Seguridad Social” y al mismo tiempo se establecía un sistema “de opción” que facultaba al profesional para elegir entre el RETA y un régimen de previsión privado; pero, difícilmente, en caso de opción por la Mutualidad, podía producirse la incorporación a la Seguridad Social.

por el TC con la gráfica fórmula “nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato”), así como, en palabras de Alonso Olea, “la extremadamente completa y cuidadosa, la en verdad excelente, narración de hechos que se contiene en los resultandos de esta sentencia”

⁴⁰ El Tribunal Constitucional, confirmaba así, la reiterada doctrina del Tribunal Central, de la que eran muestra las sentencias de 9 de marzo de 1981 (Aran. 1636), 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093), y de 4 de febrero de 1982 (Aran. 631), aparte de la de 10 de febrero de 1982 (Aran. 762), que, habiendo sido impugnada, dio lugar al conocido pronunciamiento constitucional (en las mismas se denegaba la afiliación al RETA de médicos y sociólogos). El criterio constitucional fue seguido en pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia del Alto Tribunal de 22 de noviembre de 1982: Véanse Sents. TCT, 10 de julio de 1984 (Aran. 6217) y 14 de julio de 1986 (Aran. 6166); TSJ Castilla-La Mancha, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182) y TSJ Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).

⁴¹ Un sector minoritario de la doctrina cuestionó la legalidad de la integración de los profesionales colegiados en el RETA. Así, para BORRAJO DACRUZ, E. -ver nota a la STCT 31-X-1984 (Aran. 8231), publicada en Actualidad Laboral, núm. 13, semana 28 ene./4 feb. 1985-, el problema de fondo residía en determinar si los profesionales liberales, en cuanto colegiados, entraban o no en el grupo de trabajadores autónomos configurado técnicamente en la LGSS de 1974, pues, -señalaba- el art. 7.1.b) tan sólo venía referido a los autónomos obligados legalmente a integrarse a una entidad Sindical, y los profesionales libres tras la reforma del Fuero del Trabajo por la Ley Orgánica del Estado ya no estaban obligados a la sindicación, con lo cual, -concluía- “un simple Decreto no podría extender la Seguridad Social obligatoria y pública a los profesionales libre colegiados y no sindicados por imperativo de la Ley”.

⁴² Recuérdese que los requisitos de solicitud formal de inclusión por los Órganos superiores de representación de los Colegios o Asociaciones Profesionales y de posterior integración mediante Orden Ministerial, no arrancan de la LSS, sino del art. 3, párrafo último, del D 2530/1970, de 20 de agosto. La integración en bloque de la generalidad de los profesionales colegiados en el sistema de la Seguridad Social, podía haberse producido, por tanto, mediante una norma que tuviese rango de Real Decreto.

La Resolución de 23 de febrero de 1996 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de febrero de 1996⁴³, dictó instrucciones en orden a la aplicación de las previsiones que, en materia de Seguridad Social, contenía la Ley 30/1995. Los problemas interpretativos y apli-

cativos que, era previsible, generaría el nuevo sistema, quedaron confirmados en el texto de la citada Resolución. Ésta partía de la premisa, no explicitada en la Ley, de que el último párrafo del art. 3 del D. 2530/1970 no había sido derogado sino tan sólo “alterado”. Así, aquellos profesionales que estuviesen incorporados antes del 10 de noviembre de 1995 -fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995- a un Colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado en el RETA, sin disponer el Colegio de una Mutualidad de Previsión Social que, con anterioridad a dicha fecha, fuese de incorporación obligatoria, continuarían en virtud de dicha disposición excluidos del sistema, no pudiéndose producir el encuadramiento sino por la vía prevista en el citado art. 3.

La Resolución privaba de una parte de sus novedosos efectos a la Ley 30/1995. Conforme a la misma sólo se beneficiarían del sistema de opción los dos siguientes grupos de profesionales:

1) Los colegiados con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 en un Colegio cuyo colectivo no hubiera sido integrado en la Seguridad Social, disponiendo el Colegio profesional de una mutualidad de previsión social que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995, fuese de incorporación obligatoria para los colegiados (por ejemplo, el Colegio de Médicos). En

LOS ÓRGANOS JUDICIALES
NO CONSIGUIERON
PONERSE DE ACUERDO
ACERCA DE SI EN EL
SUPUESTO DE ADSCRIPCIÓN
COLEGIAL OBLIGATORIA,
LA FALTA DE COLEGIACIÓN
IMPEDÍA O NO EL ACCESO
INDIVIDUAL AL RETA

este caso, la opción sólo se podría ejercitar una vez producida la adaptación prevista en el primer párrafo del número 3 de la disposición transitoria quinta de la Ley 30/1995⁴⁴.

2) Los colegiados a partir del día 10 de noviembre de 1995 en un Colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado antes de esa fecha en el RETA. La opción entre este Régimen y la mutualidad de previsión social que tuviese establecida el Colegio sólo cabría cuando la citada Mutualidad, bien fuese de incorporación obligatoria con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, bien -no dándose tal supuesto- tuviera un ámbito de cobertura similar al del Régimen de Autónomos. En el caso de que el Colegio careciera de Mutualidad o ésta no tuviera carácter alternativo al RETA, el profesional quedaba directamente encuadrado en el mismo sin posibilidad de opción.

2. El régimen vigente: las mutualidades de previsión social como entidades alternativas al RETA

El art. 33 de la Ley 50/1998 modificó la redacción de la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, fijando una regulación que permanece vigente a día de hoy⁴⁵. La ordenación anterior, breve y ambigua, es sustituida por un complejo régimen – receptor, en parte, del contenido de la Resolución de 23 de febrero de 1996- en el que se contempla un entramado de situaciones diversas que se distinguen entre sí atendiendo a variadas circunstancias, tales como la fecha individual de colegiación (anterior o posterior al 10 de noviembre de 1995, momento de entrada en vigor de la Ley 30/1995), la existencia o no de mutualidad en el Colegio, las características de ésta (de incorporación obligatoria o no) o la existencia de una expresa integración previa del colectivo en el RETA.

La Tesorería General de la Seguridad Social, en la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, dictó instrucciones con el objeto de dar respuesta a las muchas dudas planteadas tras la reforma de la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995.

El régimen resultante es el que sigue:

⁴³ Sobre la materia, véase, PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., “La vinculación a la Seguridad Social de los colegiados profesionales tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996”, en RL, núm. 11, jun. 1996.

⁴⁴ Véanse las instrucciones para la incorporación en el RETA del colectivo de abogados tras la correspondiente adaptación de los Estatutos de la Mutualidad de la Abogacía, en la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27 de septiembre de 1996 (puede verse en Tribuna Social, núm. 71, noviembre 1996).

⁴⁵ Téngase en cuenta que la Disp. derogatoria única del RD Leg. 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados mantiene en vigor esta Disp. Ad. 15ª.

2.1. Mantenimiento de la situación anterior

Los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos integrados en el Régimen de Autónomos con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 permanecen obligatoriamente incorporados al RETA con independencia de la fecha de colegiación. En esta situación se encuentran, entre otros, los colectivos de Graduados Sociales, Farmacéuticos, Economistas, Veterinarios, Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, Ópticos e Ingenieros Agrónomos.

2.2. Cláusula general de inclusión: profesionales colegiados no integrados en el RETA con anterioridad al 10 de noviembre de 1995

Se declaran encuadrados en el campo aplicativo del RETA quienes ejerzan una actividad por cuenta propia en las condiciones del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, - es decir, de forma habitual, personal y directa- que requiera la incorporación a un Colegio Profesional y cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA con anterioridad⁴⁶. La inclusión se produce por imperativo legal, sin que se precise la presentación de una solicitud previa, en tal sentido, por los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales.

Quedan exentos de la obligación de alta en este Régimen los colegiados que opten por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que dicha mutualidad, de incorporación obligatoria, se hubiese constituido con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social aprobado por el RD 2615/1985.

Se supera la contradicción en la que incurría la redacción precedente de la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, en la que tras establecerse la "obligatoria afiliación a la Seguridad Social" de los profesionales colegiados, se les permitía elegir entre integrarse en el RETA o incorporarse a la Mutualidad del Colegio. En la nueva redacción de la norma se declara "exentos de la obligación de alta" a quienes elijan la segunda opción, quedando éstos excluidos del sistema de la Seguridad Social.

Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad, quedando encuadrado en el RETA. La integración en este Régimen resulta, de este modo, irreversible, aunque no impide la simultánea permanencia en la mutualidad -tal como el Tribunal Supremo ha aclarado-, dado el carácter privado de la esta última⁴⁷.

2.3. Las mutualidades alternativas

Para comprender el alcance del nuevo régimen es preciso concretar cuáles son las mutualidades que permiten la opción entre las mismas y el RETA. Como ya se ha señalado, la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, en su redacción dada por el art. 33 de la Ley 50/1998, sólo atribuyó carácter alternativo a las mutualidades constituidas con carácter obligatorio antes del día 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social, aprobado por el RD 2615/1985.

La TGSS, en su informe consulta 147/1999, de 21 de octubre, concretó algo más al considerar alternativas al RETA las Mutualidades que cumplan dos requisitos: 1º) Haber sido constituidas al amparo del artículo 1.2 del RD 2615/1985, de 4 de diciembre, es decir, estar establecidas en dicha fecha con carácter obligatorio, o constituidas al amparo de otra disposición anterior manteniendo el carácter obligatorio una vez en vigor el citado Real Decreto. 2º) Haber sido adaptadas a la Ley 30/1995, considerando que se ha producido la adaptación en la fecha en que tuviera lugar la sustitución del carácter obligatorio por el voluntario en relación con el régimen de adscripción.

Ahora bien, según criterio de la TGSS, no es suficiente con acreditar el carácter obligatorio de la mutualidad a 10 de diciembre de 1995 (y su posterior adaptación a la Ley 30/1995), existiendo mutualidades que cumplen dicha exigencia a las que la TGSS no reconoce el carácter de alternativas. Concretamente, en la instrucción cuarta de la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, se establece la siguiente clasificación:

⁴⁶ Se precisa, en tal sentido, en la instrucción quinta de la Circular 3-016TGSS, de 7 de mayo de 1999, que la "actividad profesional a que se refieren las instrucciones anteriores, así como su fecha de inicio, únicamente debe ser aquella que dé lugar a la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por reunirse las condiciones previstas en el Decreto 2530/1970", de manera que ninguna "otra actividad profesional será tomada en consideración a estos efectos, aunque la misma haya dado lugar a la colegiación del profesional". Por su parte, en el supuesto de que "la fecha de colegiación y la de inicio de actividad no sean coincidentes... y dicha fecha sea esencial para el encuadramiento en el RETA, se tomará en todo caso a efectos de trámite y resolución como fecha, la de inicio de la actividad".

⁴⁷ STS de 25 de enero de 2000. Sobre la materia, véase SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía, en AS, abril, 2000, págs. 12 y sgs.

a) Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, con carácter alternativo⁴⁸:

- Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, Mutualidad de Previsión Social.

- Mutualidad General de Previsión de los Gestores Administrativos.

- Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a prima fija.

- Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles.

- Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España.

- Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores

- Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales

b) Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, sin carácter alternativo:

- Mutualidad del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, Entidad de Previsión Social: pese a su carácter obligatorio se le niega el carácter alternativo bajo el argumento de que los Corredores de Comercio constituyen una categoría especial de funcionarios, lo que impide su consideración como trabajadores autónomos⁴⁹.

- Mutualidad de Previsión Social Fondo de Asistencia Mutua del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos: no se le reconoce el carácter de alternativo,

no tanto por el limitado ámbito de cobertura material – aspecto sobre el que el legislador no se pronuncia, sino por el hecho de que la única manifestación protectora obligatoria – el subsidio por fallecimiento – constituye una ayuda asistencial satisfecha a cargo del Colegio, aunque instrumentada a través de la mutualidad, y al margen de las prestaciones que ésta tiene establecidas.

Como cabe apreciar, las razones que justifican la exclusión de estas dos entidades trascienden de su consideración como mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995. En el primer caso es la naturaleza de la actividad desempeñada la que impide la aplicación del régimen de opción; en el segundo, la naturaleza asistencial de la única prestación obligatoria que dispensa la mutualidad.

2.4. Excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión: alcance real de la misma

Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en dicha fecha una Mutualidad de adscripción obligatoria, quedan exentos de la obligación de alta en el RETA. Según interpretación de la TGSS, la exención debe reconocerse aunque haya interrupciones del ejercicio de la actividad profesional y reinicios posteriores de la misma⁵⁰. Excepcionalmente, la norma permitió a los interesados que pudieran solicitar, por una sola vez y durante el año 1999, de manera voluntaria e individual, el alta en el Régimen de Autónomos. Aquellos profesionales que, pudiendo hacerlo, no solicitaron tal inclusión permanecen a día de hoy preteridos de dicho Régimen. Su incorporación al RETA sólo podría ser instada por el Colegio y aprobada por el Ministerio de Trabajo, en aplicación del último párrafo

⁴⁸ Téngase en cuenta que la Circular 3-016TGSS, de 7 de mayo de 1999, en su instrucción cuarta, señala que también se considerarán alternativas aquellas mutualidades de previsión social sobre las que el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma expida certificación acreditativa del carácter obligatorio de la afiliación a dicha mutualidad, en fecha anterior a 10 de noviembre de 1995 para los profesionales colegiados afiliados a la misma, independientemente de la provincia en la que desempeñen el ejercicio de su actividad profesional.

⁴⁹ Ello no obstante, en la actualidad, Notarios y Corredores de Comercio se hallan encuadrados en el RETA. La Disp. Ad. Vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, integró a los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio en un cuerpo único, denominado Cuerpo único de Notarios. Hasta ese momento la protección social de ambos colectivos integrados se venía dispensando a través de la Mutualidad Notarial y de la Mutualidad de Previsión Social del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, mutualidades que carecían de carácter alternativo al RETA. El art. 41 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, autorizó al Gobierno a que incorporara en este Régimen a los miembros del Cuerpo único de Notarios, lo que finalmente se materializó mediante el RD 1505/2003, de 28 de noviembre. La incorporación al RETA es obligatoria, sin que quepa la posibilidad de opción; se permite el mantenimiento del régimen mutualista, aunque adaptado a los caracteres de complementariedad respecto del sistema público, y de voluntariedad.

⁵⁰ Véase Instrucción Primera 1.1. Circular 3-016TGSS, de 7 de mayo de 1999, conforme a la cual el inicio de la actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 podía acreditarse mediante justificante de abono del Impuesto de Actividades Económicas, Licencia Fiscal de Actividades Profesionales u otro medio de prueba válido en Derecho.

del art. 3 el D. 2530/1970 (de entender que el mismo no quedó derogado por la Ley 30/1995).

Por su parte, los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una mutualidad de carácter obligatorio, sólo podrían darse de alta en el RETA -en el caso de decidir no permanecer incorporados a la Mutualidad-, tras la adaptación de sus estatutos a la Ley 30/1995, lo que se traduce, como más arriba se ha precisado, en la sustitución de su régimen de adscripción, pasando de ser obligatorio a voluntario. El plazo establecido en la Disp. Trans. 5ª de dicha norma para llevar a efecto la modificación fue de cinco años, y éste finalizó el 30 de noviembre de 2000⁵¹.

En el momento de producirse la adaptación, se abría la posibilidad de opción para el profesional entre solicitar el alta en el RETA o mantenerse en la Mutualidad. La TGSS concedía un plazo para que los trabajadores afectados solicitaran el alta con efectos desde el día primero del mes en que se hubiera producido aquélla⁵².

El análisis de las excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión permite concluir que quedaron incluidos en este Régimen todos los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos no integrados en el RETA con inicio de actividad posterior a 10 de noviembre de 1995, aunque a través de dos regímenes de encuadramiento distintos: 1ª) Régimen de opción, que beneficia a profesionales integrados en Colegios que dispongan de una mutualidad alternativa al RETA. 2ª) Régimen de obligatoria inclusión en el RETA, que afecta a los profesionales integrados en Colegios que carezcan de una mutualidad de tales características.

LA FACULTAD DE OPTAR ENTRE UNA MUTUALIDAD PRIVADA Y EL RÉGIMEN DE AUTÓNOMOS NO CASA BIEN CON LA OBLIGATORIEDAD DE NUESTRO SISTEMA Y CON EL PRINCIPIO FINANCIERO DE REPARTO

Conviene señalar, por último, que la doctrina judicial ha precisado que cuando la profesión colegiada se desarrolle utilizando el marco jurídico de una sociedad en la que el colegiado posea el control efectivo, las normas de encuadramiento que procede aplicar no son las previstas para los administradores societarios o los so-

cios de sociedades capitalistas, sino las atinentes a los profesionales colegiados, prevaleciendo la condición de colegiado frente a la de socio o administrador societario⁵³.

2.5. Situaciones transitorias

La instrucción segunda de Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, de la TGSS contempla las dos siguientes situaciones:

1ª) Trabajadores que iniciaron su actividad profesional después del 9 de noviembre de 1995 (momento de entrada en vigor de la Ley 30/1995) y antes del 1 de enero de 1999 (fecha de entrada en vigor de la Ley 50/1998), pertenecientes a un Colegio profesional sin mutualidad alternativa (recuérdese que conforme la normativa aplicable durante este período, tenían tal carácter no sólo las de incorporación obligatoria sino también las voluntarias de cobertura similar al del Régimen de Autónomos): su afiliación y/o alta en el RETA es obligatoria desde el inicio de su actividad, surtiendo

⁵¹ Así, han adaptado sus estatutos, pasando a ser de adscripción voluntaria, las siguientes mutualidades: Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (acuerdo de la asamblea general celebrada los días 1 y 2 de diciembre de 1995); Mutualidad General de la Abogacía (acuerdo de la asamblea general celebrada el 29 de junio de 1996); la Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos españoles (acuerdo de 16 de junio de 1994); Hermandad Nacional de de Previsión Social de Arquitectos Superiores (acuerdo de la asamblea general celebrada durante los días 18 y 19 de septiembre de 1997).

⁵² Se señala en la Instrucción Primera 1.2, párrafo 3º, de la Circular 3-016TGSS, de 7 de mayo de 1999, que las adaptaciones de las mutualidades de previsión social que se vayan produciendo hasta el vencimiento del plazo fijado por la Disp. Trans. 5ª de la Ley 30/1995 (plazo de 5 años desde la entrada en vigor de dicha Ley), "serán oportunamente comunicadas desde la Subdirección General de Recursos Económicos de esta Tesorería General, previa confirmación por parte de la Dirección General de Seguros, del Ministerio de Economía y Hacienda, competente por razón de la materia". De este modo, "si se produjera la solicitud de afiliación y/o alta de algún profesional afiliado hasta la fecha a una Mutualidad con los Estatutos no adaptados, y se tuviera noticia a través de certificación expedida por la mutualidad de que dicha adaptación habría tenido lugar, se dejará pendiente de resolución y anotación, hasta que se conozca la adaptación en los términos señalados anteriormente".

⁵³ En este sentido, STSJ Madrid de 22 abril 2004 (JUR 2004, 237515). Con parecido tenor, STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de junio de 2003 (AS 2004, 1481).

efectos desde el día primero del mes en que empezó a realizarse la misma.

Ahora bien, pudiera ocurrir que el alta en el Régimen de Autónomos no fuera exigible conforme a la normativa anterior, que consideraba alternativas al RETA las mutualidades voluntarias de cobertura similar a aquél, y sí lo fuera de acuerdo con la normativa nueva, que despoja a las mencionadas mutualidades de su carácter alternativo. Para atender estas situaciones generadas por la normativa nueva, la Disp. Ad. 15ª, apartado 1, segundo párrafo, de la Ley 30/1985, en su nueva redacción dada por la Ley 50/1988, otorgó a los profesionales afectados el plazo de los tres primeros meses de 1999 para solicitar el alta en el RETA. De no formularse ésta dentro de plazo, se entendería como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

2ª) Trabajadores que iniciaron su actividad profesional después del 9 de noviembre de 1995 y antes del 1 de enero de 1999, pertenecientes a un Colegio profesional con mutualidad alternativa: quedarían exentos de la obligación de alta en el RETA los que optaran por integrarse en la mutualidad que tenga establecida su Colegio. La opción debía ejercerse en el plazo de los treinta días siguientes al de inicio de la actividad profesional que diera lugar a la inclusión en el RETA; de no ejercerse la opción dentro de plazo, cualquier solicitud de alta que se presentara surtiría efectos desde el día primero del mes en que se reunieran las condiciones determinantes de la inclusión en RETA.

3. Las mutualidades alternativas tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo

La Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo no aporta grandes novedades en cuestiones de Seguridad Social (arts. 23 a 26). La protección de los autónomos se sigue instrumentando a través del RETA, y la afiliación y la cotización son obligatorias para los encuadrados en el régimen.

En materia prestacional sólo cabe destacar la obligatoria extensión de la cobertura de incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social a los autónomos

económicamente dependientes, y la generalización de la cobertura por incapacidad temporal a todos los autónomos cuando no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen (Disp. Ad. 3ª Ley 20/2007).

La Disp. Ad. 5ª de la Ley 20/2007 precisa que las novedades que esta norma incorpora en materia de Seguridad Social no se extienden a los profesionales que, en aplicación de lo establecido en la Disp. Ad. 15 de la Ley 30/1995, hayan optado u opten en el futuro por adscribirse a la mutualidad de previsión social que tenga constituida el Colegio⁵⁴. No en vano, dichas mutualidades operan al margen de la Seguridad Social, de manera que quien se integra en las mismas no queda encuadrado en el sistema.

Así pues, la Ley 20/2007 confirma y consolida el cuestionable régimen opcional establecido por la Ley 30/1995 doce años atrás⁵⁵.

4. Los abogados y sus cambios de encuadramiento

La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2006, en su Disp. Ad. 70ª, disponía que los abogados, en cuanto ejerzan la profesión como socios en régimen de asociación con otros, estarán, en lo que se refiere a la Seguridad Social, a lo establecido en la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, pudiendo optar entre el alta en el RETA o la adscripción a la Mutualidad de la Abogacía. Se hacía prevalecer, de este modo, la condición de abogado frente a la cualidad de socio.

En cumplimiento de esta previsión, la Resolución de 30 de diciembre de 2005 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social hubo de modificar el apartado Segundo de la Resolución de 21 de noviembre de 2005 (del mismo centro directivo), para adecuarlo a lo establecido en la Ley 30/2005, pasando a tener la siguiente redacción: "A todos los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia como socios en régimen de asociación con otros, bajo cualquiera de las modalidades a las que alude el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, (...) aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, inclui-

⁵⁴ Concretamente, la Dis. Ad. Quinta de la Ley 20/2007, declara no aplicable a los profesionales colegiados integrados en mutualidades alternativas lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23, en los artículos 24 a 26 y en el párrafo c), apartado 2, del artículo 27, así como en las disposiciones adicionales segunda y tercera y en la disposición final segunda."

⁵⁵ Véase, GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajador autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 218, quienes denuncian la "excesiva lógica continuista" de la Disp. Ad. 5ª de la Ley 20/2007, pues a través de la misma "se levanta nueva acta de la libertad de opción, respecto de su inclusión o no en el RETA, que mantienen los profesionales colegiados incorporados a Mutualidades de Previsión social alternativas."

das, por tanto, las sociedades mercantiles, les será de aplicación, a partir de 1 de enero de 2006, lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados...”

Antes de la reforma, el apartado segundo de la Resolución de 21 de noviembre de 2005 se decantaba por la inclusión de dichos profesionales en el Régimen General en virtud de lo establecido para el trabajo asociado en el art. 97.2. a) LGSS (supuestos en los que no se desarrollan funciones de dirección y gerencia y se carece del control sobre la sociedad) y en el art 97.2.k LGSS (casos en los que se ejercen funciones de dirección y gerencia pero no se tiene control sobre la sociedad).

La Disp. Derog. única de la Ley 2/2007, 15 de marzo, de de Sociedades Profesionales, ha derogado la Disp. Ad. 70ª de la Ley 30/2005. Sin embargo, la posibilidad de que ello pudiera traducirse en la vuelta al régimen establecido por la Resolución de 21 de noviembre de 2005, antes de su reforma, ha de ser rechazada. La Disp. Ad. 5ª de la Ley 2/2007 extiende lo establecido para los abogados en la Disp. Ad. 70ª de la Ley 30/2005, es decir, la posibilidad de opción entre el RETA y la Mutuality del Colegio, a la generalidad de los socios profesionales⁵⁶, circunstancia que justifica la derogación de la mencionada Disp. Ad. 70ª.

IV. CONCLUSIONES

El régimen de incorporación al RETA de los profesionales colegiados resulta cuestionable por varias razones:

1º) Esta regulación supone una ruptura respecto de la tradición establecida en el RETA -reconocida por el TC en la mencionada sent. 68/1982-, conforme a la cual el ámbito aplicativo del mismo siempre ha de extenderse a colectivos completos.

2º) Es posible que la cobertura del RETA y la de una concreta mutualidad no sean equiparables, siendo la de esta última, bien más reducida, bien de distinta naturaleza. En tales casos, no se acierta a comprender que se admita la opción en régimen de igualdad entre uno y otra.

EL PROCESO DE EXTENSIÓN
DE LOS BENEFICIOS DE
LA SEGURIDAD SOCIAL
A LOS PROFESIONALES
COLEGIADOS QUE
TRABAJAN POR CUENTA
PROPIA, CONTINÚA
SIENDO, A DÍA DE HOY, UN
PROCESO DEFICIENTEMENTE
CONSTRUIDO E
INACABADO

3º) La facultad de optar entre una mutualidad privada y el Régimen de Autónomos no casa bien con la obligatoriedad de nuestro sistema y con el principio financiero de reparto. Tal como el TC ha precisado en su Sent. 68/1982, de 22 de noviembre, la propia naturaleza del sistema de la Seguridad Social exige que su extensión se produzca de forma obligatoria a amplias colectividades pues, de admitirse

la inclusión individual y facultativa, “se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y de cobertura de riesgos”. De acuerdo con este planteamiento, cabría dudar de la constitucionalidad del régimen de opción en la medida en que podría conducir a la destrucción del sistema, fundado, en el encuadramiento obligatorio.

4º) Este régimen diferencia, sin aparente justificación objetiva y razonable, entre dos grupos dentro de un mismo colectivo de profesionales, uno con acceso al sistema (bien directamente, bien mediante el régimen de opción), y otro excluido del mismo, utilizando como elemento delimitador un criterio tan aleatorio cual es la fecha en que se haya producido la colegiación y la circunstancia de que el colegio posea o no Mutualidad y cuál sea su naturaleza (obligatoria o no) en caso de tenerla.

Esta cuestionable regulación sólo puede entenderse desde la perspectiva de la resistencia que se sigue ofreciendo desde algunos Colegios Profesionales que se niegan a renunciar a sus prerrogativas -en especial, la del autonomismo colegial. Durante largo tiempo, en virtud de este privilegio han podido permanecer extramuros del RETA algunos colectivos que tradicionalmente han venido compatibilizando su actividad profesional por cuenta propia con otra dependiente en virtud de la cual ya se hallaban encuadrados en el sis-

⁵⁶ Tienen la consideración los socios profesionales los socios de sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional para cuyo ejercicio se requiera acreditar una titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional (art. 1.1. Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

tema. En el afán de aquéllos de evitar una duplicidad de cotizaciones -sufrida, en realidad, por la generalidad de los autónomos que también trabajan por cuenta ajena-⁵⁷ se encuentra, sin duda, la respuesta a las innumerables cuestiones que suscita la comentada disposición.

El proceso de extensión de los beneficios de la Seguridad Social a los profesionales colegiados que tra-

bajan por cuenta propia, continúa siendo, a día de hoy, un proceso deficientemente construido, e inacabado. Lejos de atisbarse una futura supresión de esta regulación, normas recientes, como la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, y la Ley 2/2007, 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, han venido a consolidar un régimen que autoriza a determinados profesionales a autoexcluirse del sistema de la Seguridad Social. ●

⁵⁷ Téngase en cuenta que la normativa reguladora del RETA admite expresamente la posibilidad de compatibilizar la actividad que determina el encuadramiento en este Régimen con otros trabajos. En efecto, la inclusión obligatoria en el Régimen de Autónomos no queda afectada “por la realización simultánea ... de otras actividades, por cuenta ajena o propia, que den lugar a su inclusión en alguno o algunos de los restantes Regímenes de la Seguridad Social” (art. 2.2 de la OM de 24 de septiembre de 1970, por la que se desarrolla el D. 2530/1970 de 20 de agosto) ni, obviamente, por el desarrollo paralelo de otros trabajos por cuenta propia de los que quedan comprendidas en el ámbito aplicativo del RETA.

LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL (ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN DEL PREVISIBLE SISTEMA ESPECIAL)

82

Francisco Javier HIERRO HIERRO

Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

I. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL CAMPO: MÁS ALLÁ DE LA MERA COBERTURA DE SITUACIONES DE NECESIDAD

Las posibles imbricaciones que tradicionalmente han sido puestas de manifiesto entre protección social y aspectos sociales, económicos, políticos..., constituyendo aquélla un claro elemento configurador y dinamizador de estos, han tenido en el ámbito rural y, concretamente, en lo atinente a la cobertura prestacional de los trabajadores empleados en el sector agrario una significación especial. Así se constataba ya en la redacción de la E. de M. de la Ley 38/1966, de 31 de mayo, sobre Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, cuando señalaba que la realidad económico-social del campo español exigía *una urgente política social encaminada a revalorizar su factor humano*, a lo que unía que la aludida disposición legal se había elaborado teniendo en cuenta como objetivos fundamentales no sólo el de lograr para los trabajadores del campo un grado de protección social concorde, hasta

donde fuera posible, con el de los trabajadores de la industria y los servicios, sino también el de estimular el trabajo campesino para así lograr la continuidad en la vida laboral de aquellos trabajadores que el campo necesitaba y atenuar la tendencia emigratoria de aquel momento histórico.

Con la creación de este régimen especial se afrontaron, por tanto, dos cuestiones de naturaleza muy diversa. De una parte, se pretendió ofrecer al trabajador agrario una adecuada cobertura social ante las distintas contingencias acorde a un entorno productivo singular. Así, se tuvo en cuenta la temporalidad de la actividad, la dependencia a las inclemencias meteorológicas, la neta división en dos colectivos –trabajadores por cuenta propia o autónomos agrarios y trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo o eventual-, y las dificultades de aplicación técnica de las reglas instrumentales existentes en el Régimen General –afiliación, altas, bajas, cotizaciones empresariales...–.

Por otro, y con una perspectiva eminentemente más política, se dio respuesta a las circunstancias sociales, económicas..., presentes en el sector, basada en unas

premisas ajenas a cualquier consideración jurídica propia del sistema prestacional. Por ello es común la afirmación de que el REASS, ante la mayor relevancia de éstas, nació para dar respuesta jurídica a las distintas cuestiones demográficas, culturales, sociales...¹, configuradoras de este sector. Planteamiento reiterado en las numerosas reformas normativas habidas para los trabajadores agrarios, eminentemente respecto de la protección por desempleo.

Así, como magistralmente reseñó el Prof. OJEDA AVILÉS, el subsidio agrario nació por tres razones poderosas, ninguna de ellas achacable al trabajador de estas regiones o las circunstancias delimitadoras de la actividad agraria –temporalidad, dependencia climato- lógica...– :

LA PROTECCIÓN SOCIAL
DE LOS TRABAJADORES
AGRARIOS
HA SIDO PREDETERMINADA
CONFORME
A CRITERIOS SOCIALES,
ECONÓMICOS
Y DEMOGRÁFICOS

La primera es que, cuando se dictó el Decreto de diciembre de 1983, el campo sufría una profunda reconversión desde hacía tiempo, y expulsaba de su seno a cientos de miles de personas, sin otro recurso más que el de la emigración interna o externa. Simultáneamente las reconversiones industriales atraían enormes recursos del Estado para subvenir al desempleo y la prejubilación de los afectados en los altos hornos, las minas, los astilleros, las empresas textiles, canalizando una soberbia financiación estatal que, a tenor de los análisis realizados por los expertos, superaba con mucho a lo que sería el PER y el subsidio agrario. Las Leyes de Reconversiones Industriales de 1982 y 1984 dieron rango legal al decidido apoyo del Estado a las industrias, que se remontaba a los años sesenta y setenta y llegan hasta la actualidad en sus últimas manifestaciones. El subsidio agrario ha preten-

dido, por ello, un trato de equivalencia con las ayudas a los trabajadores de la industria, si bien de menor cuantía. La segunda causa ha sido la menor renta de la empresa agraria, que desaconsejaba el imponer la misma cotización que a los empresarios del Régimen General. La tercera y última razón del subsidio para eventuales andaluces y extremeños consiste en el latifundismo imperante en estas dos regiones².

Se conseguía con ello no sólo difuminar las situaciones de trato desigual existentes entre los distintos sectores económicos del país, sino que también se contribuía a poner freno a la corriente migratoria de los campos a las ciudades ante la imposibilidad de éstas de absorber esa ingente mano de obra campesina, favoreciendo, por el contrario, la fijación de la población al medio rural, el mantenimiento y la supervivencia de determinadas poblaciones, la conservación del medio ambiente rural, el reequilibrio interregional, la revitalización de la actividad económica de las zonas rurales y la dinamización de los pueblos, así como la evitación de la existencia de situaciones desesperadas que pudieran actuar de germen en el nacimiento de prácticas como el tráfico de drogas o de personas en zonas fronterizas o de entrada en nuestro país³.

De otra parte, a través de la reordenación del sistema de protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios llevada a cabo en el bienio 2002-2003, con la que se produjo, de un lado, la extensión de la protección por desempleo de nivel contributivo a todos los trabajadores eventuales agrarios, no limitándose a ámbitos geográficos concretos, con lo que se buscaba saldar la “deuda” de protección social contraída con estos trabajadores⁴; la declaración, de otro, de la pervivencia del subsidio por desempleo para los trabajadores eventuales; la prohibición del acceso de estos trabajadores al subsidio asistencial regulado en el art. 215 TRLGSS y, por último, la creación para el colectivo de trabajadores eventuales de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura de una nueva prestación específica dentro de la acción protectora por desem-

¹ Para DUPEYROUX, J. J.: *Droit de la Sécurité Sociale*, 8.ª ed., París, 1980, (citado por CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Madrid, 1995, pág. 31), la existencia de un Régimen Especial de la Seguridad Social para el sector agrario se explica en atención a una serie de circunstancias metajurídicas inherentes al “particularismo del mundo rural y de sus problemas sociales.” In extenso, cfr. HIERRO HIERRO, F. J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor, 2005, págs. 24-25.

² Cfr. OJEDA AVILÉS, A.: “Aspectos constitucionales del subsidio de desempleo para eventuales agrícolas”, *RGDTySS*, núm. 1 (2003), págs. 7-8, nota núm. 18.

³ Cfr. CARDENAL CARRO, M.: “La protección por desempleo en el Régimen Especial Agrario”, en Vv. AA.: *La reforma del despido y del desempleo (Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002)*, (SEMPERE NAVARRO, A. V., y CARDENAL CARRO, M., dir., y coord.), Murcia, 2002, págs. 233.

⁴ Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La nueva protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios”, *AS*, núm. 16 (2003), pág. 11.

pleo denominada renta agraria, el legislador, lejos de buscar “corregir disfunciones observadas en la protección por desempleo” y “ampliar la protección a colectivos que actualmente carecen de ella” (E. de M. del Real Decreto-

SON MUCHAS
LAS VOCES QUE SE
POSTULAN A FAVOR
DE LA NECESIDAD URGENTE
DE ACOMETER
UNA REFORMA
DEL REASS

Ley 5/2002, de 24 de mayo), parecía incentivar con esa deficiente protección la movilidad de los trabajadores hacia donde se encontraban los empleos, hacia las ciudades y a las regiones que presentan una mayores tasas de actividad⁵. Se convirtió así la movilidad geográfica y la reconversión profesional en la única forma de abordar los problemas de paro estructural de Andalucía y Extremadura, olvidándose de mejorar las condiciones que permitan crear empleo en las regiones con peores tasas con miras a reducir las disparidades regionales en materia de empleo y desempleo, lográndose de este modo trasvasar la población rural andaluza y extremeña hacia las ciudades de estas y otras regiones ante la necesidad de mano de obra imperante.

Medidas éstas que además se han visto acompañadas de singulares políticas activas de empleo (*Plan de empleo rural –PER–* y *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios –AEPSA–*) destinadas a dotar, dado su carácter inversor y redistribuidor de rentas, a las comunidades rurales de equipamientos y servicios colectivos de los que carecían utilizando intensivamente mano de obra agraria⁶, preferentemente, trabajadores eventuales del campo⁷.

De lo anterior se colige que la protección social de los trabajadores agrarios ha sido predeterminada conforme a criterios sociales, económicos y demográficos, las cuales han venido a complementar las determinantes situaciones de necesidad que han de guiar el sistema de protección social.

La consideración de estos elementos permitía prever que la configuración dada al REASS sería transitoria, pues esos presupuestos sobre los que se construyó necesariamente variarían según se fuera logrando una mayor mecanización e industrialización del sector y mejoraran de modo significativo las condiciones sociales y económicas de las zonas rurales, lo que comportaría que las reglas diferenciadoras perdieran su razón de ser, si bien éstas podrían determinar todavía hoy algunos de los elementos instrumentales del Sistema.

II. HACIA LA RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: UN VIAJE DE LARGO RECORRIDO

La realidad socio-económica del campo y del medio rural ha sufrido en los últimos años una importante transformación y evolución, acercándose la realidad rural a la realidad urbana gracias a la incorporación de capital, a la mecanización y al uso de métodos y técnicas de explotación y producción industrializados, a la mejora de las infraestructuras y las comunicaciones..., en la que han jugado un papel destacado las políticas de apoyo al sector agrario y a las zonas rurales impulsadas desde el ámbito comunitario a través de la Política Agraria Comunitaria y de la Política de desarrollo rural⁸.

⁵ Sobre la ocultación de intenciones de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, respecto de las medidas referidas a los trabajadores eventuales agrarios, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo”, **RL**, núm. 4 (2003), especial monográfico: **La reforma de la protección de desempleo en la L 45/2002**, pág. 54 y CARDENAL CARRO, M., y HIERRO HIERRO, F. J.: “La protección por desempleo en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social”, en Vv. AA.: **Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002 (Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)**, (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir.), Cizur Menor, 2003, págs. 247-248.

⁶ Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: “Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, **TL**, núm. 2 (1985), pág. 29 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Protección social y política de empleo en el trabajo eventual en la agricultura”, **RL**, vol. I (1997), pág. 123

⁷ Art. 2 del RD 939/1997, de 20 de junio.

⁸ Cfr. BRUFAO CUIEL, P.: **Subvenciones agrarias, desarrollo rural y medio ambiente**, Granada, 2007, págs. 195-196.

Sobre las distintas líneas de actuación llevadas a cabo por la PAC y sus implicaciones en la dinamización de la actividad agraria, cfr. HIERRO HIERRO, F. J.: **El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social**, cit., págs. 25 a 27.

Por ello, son muchas las voces, tanto en la doctrina científica⁹ como también en foros sociales¹⁰, que se postulan a favor de la necesidad urgente de acometer una reforma del REASS, en cuanto que el mismo, en su actual regulación normativa, se proyecta sobre una realidad social del campo español que no se corresponde ya con sus condiciones económicas y laborales¹¹.

Reforma que habrá de confluir con el Régimen General, conforme a lo dispuesto tanto en la E. de M. como en la Base 3.^a 11 *in fine* de la propia Ley 193/1963 donde se reiteraba la necesidad de que la regulación de los distintos regímenes del Sistema de la Seguridad Social en ella creados tendieran a la máxima homogeneidad posible con los principios del Régimen General, respondiendo todos a una misma concepción.

No obstante, y a pesar de que esta aspiración a la unidad y equiparación, con lo que comporta de racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social, en ningún momento fue olvidada¹², ha sido en los últimos años cuando la profusión de documentos constatando esta declaración de intenciones ha sido palpable, con lo que de una manera cadencial y sin improvisaciones o sobresaltos ha ido tomando carta de naturaleza la posible desaparición

del REASS y su integración en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia¹³ y en el Régimen General.

Sin ánimo de exhaustividad, a continuación se pretende analizar, de modo somero, algunos de los últimos textos encaminados a tal fin, prestando especial atención a los distintos acuerdos sociales y políticos habidos en este campo y obviando las reformas normativas derivados de aquellos que paulatinamente a lo largo de los años han ido allanando el terreno para que la futura integración del REASS en el Régimen General sea posible y no traumática a través de medidas parciales que venían a equiparar prestaciones y reglas instrumentales entre ambos.

Así, en el año 1993 el Grupo Socialista presentó una moción en el Senado mediante la cual se instaba la creación de una Ponencia en el seno de la Comisión de Agricultura y Pesca para abordar *un asunto muy complejo y muy importante como es el de resolver de manera global el problema ancestral del REASS* y con ello elaborar un informe que sirviese al Gobierno como base para resolver la situación del sistema de Previsión Social en el sector agrario. Moción aceptada por todos los grupos parlamentarios con representación en el Senado, sin ofrecer pauta alguna como línea de trabajo¹⁴.

⁹ Entre otros, GARCÍA BECEDAS, G.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. (Proyecto para un debate)", *RTySS*, núm. 3 (1991), pág. 33, y ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *Trabajadores agrícolas y Seguridad Social Agraria*, Móstoles, 1996, pág. 202.

Recientemente, cfr. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", *Foro de Seguridad Social*, núm. 17 (2007), págs. 7-8.

¹⁰ Cfr. Federaciones Agroalimentarias de UGT y CCOO.: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, <http://www.ugt.es/actualidad/marzo2004/propuestafta.pdf> y las comparecencias de los representantes de las organizaciones agrarias (ASAJA, COAG y UPA) para informar sobre temas relacionados con la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, DS -Congreso de los Diputados-, núm. 264, de 13 de junio de 2001, págs. 7958 y 7980.

¹¹ Acerca de la utilización del actual Sistema especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales como criterio orientador en esta regulación, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha: *Propuesta de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias*, septiembre 2005, ejemplar fotocopiado, págs. 4 a 6 y 22-23; Federación Agroalimentaria CCOO: *Propuesta de regulación del Sistema Especial de los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrícolas por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, ejemplar fotocopiado, pág. 2 y Confederación de Cooperativas Agrarias de España: *Supresión del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Encuadramiento de las cooperativas agrarias en el Régimen General de la Seguridad Social*, noviembre 2005, ejemplar fotocopiado, pág. 3.

¹² Cfr. J. CABEZA PEREIRO: "Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social", *TL*, núm. 66 (2002), pág. 46, quien califica de tópico esta materia.

¹³ La integración de los trabajadores por cuenta propia del REASS en el RETA ha tenido lugar por la Ley 18/2007, de 4 de julio. Para un comentario a la misma, cfr. HIERRO HIERRO, F. J., y CARDENAL CARRO, M.: "Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social", *AS*, núm. 9 (2007), págs. 9 a 23.

¹⁴ Cfr. *DS -Senado-*, núm. 10, de 3 de noviembre de 1993, págs. 351 a 354.

Apenas unos años más tarde se vislumbra con claridad cuál habría de ser el futuro mediano para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de aplicación del REASS, ya que el *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse* (Pacto de Toledo)¹⁵, en su Recomendación cuarta, establece, con relación a la financiación de los Regímenes Especiales, la necesidad de modificar “en lo posible la situación actual” de financiación de los Regímenes Especiales con el objetivo de que se acentúe la proporcionalidad entre prestaciones y aportación contributiva, o lo que es lo mismo, que debe corregirse la situación de ciertos Regímenes Especiales en los que, siendo la acción protectora muy similar a la del Régimen General, la cotización es sensiblemente inferior¹⁶, entre los que se encuentra el REASS; y, en su Recomendación sexta, incita a la progresiva simplificación e integración de los Regímenes Especiales en dos únicos Regímenes, bien en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que quedarían encuadrados los trabajadores por cuenta ajena, bien en el RETA en el que vendrían incluidos los trabajadores por cuenta propia, contemplándose, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas del colectivo de los trabajadores eventuales del campo.

Tendencia reiterada también por los agentes sociales en el *Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social de 9 de octubre de 1996. Aplicación del “Pacto de Toledo”*¹⁷, firmado por el Gobierno y por las organizaciones sindicales –CC.OO y UGT-. No obstante, en éste se incluyó la exigencia de abrir un período de reflexión amplio ya que se consideraba necesario efectuar aquellos estudios y análisis que permitiesen evaluar las repercusiones que la aplicación de las recomendaciones correspondientes del Pacto

de Toledo tendrían, entre otros, para este colectivo, procediendo en todo caso de manera gradual a la aproximación de cotizaciones y prestaciones de manera que convergiese hacia el Régimen General de la Seguridad Social. Estos estudios fueron encomendados a la Comisión Permanente para el análisis y seguimiento de la evolución del Sistema de la Seguridad Social, Comisión que habría de examinar también las conclusiones que se alcanzasen en la Mesa de reforma del *Plan de Empleo Rural (PER)* en relación con el REASS a los efectos oportunos¹⁸, tomándose como horizonte la legislatura que entonces se iniciaba.

Sin embargo, respecto de los trabajadores por cuenta ajena del REASS los plazos fueron manifiestamente incumplidos¹⁹, ya que el *Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social*, firmado por el Gobierno, CC.OO, CEOE y CEPYME²⁰, reiteraba la necesidad de establecer respecto de la integración en el Régimen General de los trabajadores por cuenta ajena del REASS la constitución de una mesa de trabajo que tuviera por objeto el análisis de dicha integración.

El *Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo*²¹, remarcando las líneas ya presentadas por su predecesor de simplificación y convergencia de los distintos regímenes especiales hacia la existencia futura de dos grandes regímenes en los que quedarán encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia, reitera la necesidad, con carácter previo, de impulsar un análisis exhaustivo de la situación actual del REASS y, de modo significativo, del sector económico en él protegido, además de promulgar el mantenimiento de las especialidades que procedan con relación a cada uno los

¹⁵ Cfr. **BOCG –Congreso de los Diputados-**, núm. 134, de 12 de abril de 1995.

¹⁶ Cfr. MONTAÑA MELGAR, A.: “Estudio Preliminar. Seguridad Social: entre el progreso y la adaptación”, en VV. AA.: **Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social**, (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir.), Murcia, 2003, pág. 37, quien señala como es criticada la técnica de los regímenes especiales “con óptica que parece desconocer las raíces protectoras de la institución”.

¹⁷ El presente documento se puede encontrar, entre otros enlaces, en la siguiente página Web: <http://www.usmr.ccoo.es/Publicaciones/CuadernosSindicales/SeguridadSocial/SeguridadSocial5.pdf>.

¹⁸ En tal sentido, en el *Acuerdo para el empleo y la protección social agrarios* se disponía, apartado 3.4, la creación de un Grupo Especial de Trabajo, antes del 30 de noviembre de 1996, presidido por el Secretario de Estado de la Seguridad Social con representación de la Administración y los interlocutores sociales, para que procediese al estudio y elaboración de conclusiones para la reforma del Régimen REASS y las elevase a la Comisión Permanente aludida.

¹⁹ Éste era también el parecer del Sr. PLIEGO CUBERO (Grupo Parlamentario Socialista) manifestado durante las comparecencias de los representantes de las organizaciones agrarias (ASAJA, COAG y UPA) para informar sobre temas relacionados con la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, **DS –Congreso de los Diputados-**, cit., págs. 7962-7963.

²⁰ Cfr. entre otros recursos electrónicos, <http://www.foross.org/revista06/a10.php>.

²¹ Cfr. **BOCG –Congreso de los Diputados-**, núm. 596, de 2 de octubre de 2003, págs. 1 a 103.

colectivos. La actividad agraria entendida como “un todo” –protección social, medio ambiente, vertebración del territorio, calidad y seguridad alimentaria...- habría de determinar los aspectos configuradores de la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General.

Sin aludir expresamente a los trabajadores agrarios, la *Declaración para el diálogo social 2004. Competitividad, empleo estable y cohesión social*, firmada el 8 de julio de 2004 por el Gobierno y las Organizaciones Sindicales y Empresariales²², insistía nuevamente en la necesidad de que el proceso de diálogo sobre las reformas en el campo de la Seguridad Social fuera acompañado de los correspondientes estudios y proyecciones, sin más concreción que la objetividad e independencia, así como su acometimiento con horizontes temporales adecuados.

Tendencia que nuevamente se reitera en el *Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrario*, firmado el 12 de diciembre de 2005, si bien en este caso el estudio de las propuestas debía producirse con cierta premura, por cuanto que las conclusiones del grupo de trabajo debían presentarse antes del 30 de junio de 2006.

De un modo más concreto, y alterando el orden fijado en el Acuerdo de 9 de abril de 2001 en cuanto a los pasos a seguir para la integración de los distintos regímenes especiales en los dos únicos Regímenes futuros del Sistema, las partes firmantes del *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*²³, suscrito el 13 de julio de 2006, partiendo de que en el momento actual la configuración del REASS, trabajadores por cuenta ajena, manifiesta su obsolescencia y su inadecuación a los cambios económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo, acordaron que la integración de los trabajadores agrarios por

cuenta ajena en el Régimen General se producirá el 1 de enero de 2009²⁴.

Tal integración, señala el aludido *Acuerdo*, tendrá lugar mediante la articulación de un sistema especial, el cual permitirá avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evite un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

Sistema especial que se concretará, de una parte, en tipos de cotización reducidos. A tal fin, se establece un período transitorio de entre 15 y 20 años, partiendo de los actuales tipos de cotización. Continúa señalándose además que incorporarán a la cotización agraria bonificaciones y reducciones que incentiven la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos, con el objetivo de hacer compatible la mejora de las prestaciones de los trabajadores y la contención de los costes empresariales.

De otra, este proceso debe dar soluciones concretas a la problemática de subsectores específicos, encuadrados ahora parcialmente en los dos regímenes, a las modificaciones de encuadramiento que han producido efectos evaluados críticamente por los colectivos afectados, al colectivo de trabajadores de mayor edad y menor actividad laboral, a la consideración especial de las situaciones de inactividad y al conjunto de particularidades del sector.

Al objeto de perfilar todas estas cuestiones, se constituyó un Grupo de Trabajo formado por la Administración, las Organizaciones más representativas de empleadores agrarios²⁵ y las Federaciones Agroalimentarias de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores²⁶, el cual deberá elevar sus conclusiones a la Comisión de Seguimiento y a la Administración para el desarrollo del *Acuerdo*²⁷.

²² Cfr. entre otros lugares, <http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/Dialogo%20Social%202004.pdf>.

²³ Cfr. entre otros recursos, la página Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-acuerdopensiones-01.pdf>.

²⁴ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, cit., pág. 18, para quienes el REASS está llamado a ser el gran protagonista del actual programa de reestructuración de la Seguridad Social española.

²⁵ Sobre las ideas de COAG, cfr. *Propuesta para una protección social justa de agricultores y ganaderos*, <http://www.coaginforma.com/extras/PABreviadaREASS.PDF>.

²⁶ Acerca de las pretensiones de las organizaciones sindicales, cfr. Federaciones Agroalimentarias de UGT y CC.OO.: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, <http://www.ugt.es/actualidad/marzo2004/propuestafta.pdf>.

²⁷ En octubre de 2005 representantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social y de la Confederación de Cooperativas Agrarias de España (CCAE) discutieron las propuestas presentadas por ésta para iniciar la configuración de un sistema especial para los trabajadores por cuenta ajena del REASS en el Régimen General. Estas propuestas se pueden consultar, entre otros lugares, en la siguiente página Web: <http://www.ccae.es/ficheros/doc/01326.pdf>.

Con el ánimo de contribuir al debate planteado se presenta este trabajo²⁸, en el que la protección social de los trabajadores agrarios es contemplada como un elemento más de dinamización y participación en el medio rural, anejo al resto de políticas incentivadoras del desarrollo rural²⁹, al entenderse indisolubles las pautas de producción agrícolas, métodos de gestión de las tierras, empleo y entorno socioeconómico de las zonas rurales [Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo de 20 de septiembre de 2005].

En este sentido se expresa también la reciente Ley 45/2007, de 13 de diciembre, que en su art. 16 dispone que corresponderá a las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, la promoción del mantenimiento y mejora de la actividad agrícola, ganadera y forestal, habiendo ésta de ser suficiente y compatible con un desarrollo sostenible del medio rural.

III. PROPUESTAS PARA EL DEBATE

88

A) AGRICULTURA MODERNA Y AGRICULTURA TRADICIONAL: ¿UNA MISMA RESPUESTA PARA DISTINTAS REALIDADES?

Tal y como vienen sosteniendo las organizaciones agrarias, sindicales y fuerzas políticas, la realidad productiva, social y económica de la agricultura actual en nada refleja la situación originaria en la que fue concebido el REASS, lo que exige una reforma ante su *obsolescencia e inadecuación*.

LA ACTIVIDAD AGRARIA
ENTENDIDA COMO
“UN TODO” HABRÍA DE
DETERMINAR LOS ASPECTOS
CONFIGURADORES DE
LA INTEGRACIÓN DE LOS
TRABAJADORES POR CUENTA
AJENA DEL REASS EN EL
RÉGIMEN GENERAL

Sin embargo, para llevar a cabo dicho cometido ha de tenerse presente que las mejoras habidas en todos estos años no han afectado con igual intensidad a todos los sectores agrarios, conviviendo en la actualidad dos tipos de agricultura: una, la moderna agricultura, que con unas técnicas de cultivo intensi-

vas y la inversión de capitales ha conseguido reproducir y emular las condiciones de productividad y rentabilidad de las empresas industriales y de servicios en el sector agrario; y, otra, la agricultura tradicional³⁰, que mantiene las características propias del trabajo en el campo: la dependencia de la tierra y de sus tiempos y la alternancia de periodos de actividad intensivos con periodos de inactividad, esto es, una agricultura ni tecnificada ni industrializada³¹.

Es este último tipo de explotación agraria tradicional la que requiere que se plantee el debate de cómo ha de actualizarse aquel ordenamiento jurídico establecido por el legislador para garantizar una protección social adecuada a aquella persona que ligaba su vida y la de su familia al trabajo en el campo a los tiempos presentes.

²⁸ Sobre las movilizaciones protagonizadas en los últimos meses por las organizaciones sindicales ante lo que ellas han calificado como situación de bloqueo por parte de la gran patronal agraria, cfr. <http://www.ccooagroalimentaria.org/artavan-bin/QuorumEC/init>.

²⁹ La proximidad entre la protección social agraria y las políticas de desarrollo rural son extremadamente palpables en algunas de las actuaciones impulsadas por éstas, a modo de ejemplo, véase el régimen de ayudas destinadas a favorecer el cese anticipado de la actividad agraria, calificada en los reglamentos comunitarios como jubilación anticipada.

³⁰ Cfr. Intervención del Señor PLIEGO CUBERO ante la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, cit., pág. 7960, quien afirmaba que se está hablando con este tema también “de modelo de sociedad: 10 millones de personas viven en España en el medio rural, ligados a la actividad agraria y ganadera; la mayoría son pequeños y medianos agricultores, responsables de explotaciones familiares, en condiciones límite de supervivencia, desde nuestro punto de vista, por la rentabilidad de esas explotaciones. No es cierta la imagen tópica que se da del campo de personas que cobran muchas ayudas, que tienen un tratamiento excelente en todos los terrenos y que trabajan poco viviendo prácticamente de las rentas que se generan en otro ámbito de la actividad económica; es radicalmente falsa, no la aceptamos”.

³¹ Agricultura impulsada también por los órganos comunitarios, por cuanto con ella se consigue: frenar la sobreproducción y la multiplicación de excedentes; coadyuvar a la salvaguardia del medio ambiente y la conservación del espacio natural y garantizar una determinada calidad y seguridad alimentaria.

Es este tipo de explotación agraria la que necesita que se sigan manteniendo algunos de los pilares característicos del REASS, singularmente en materia de actos de encuadramiento y en materia de cotización, y significativamente

la baja exigencia contributiva, no ya como respuesta de política económica –que en menor medida también tendría influencia en la regulación³², sino cuanto medida de política de empleo o de política social, haciendo realidad el régimen público de Seguridad Social en el medio agrario, garantizando un nivel de prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, además de significar una contraprestación por los medios o servicios que el agricultor y el ganadero introducen en el mercado o en la sociedad y por los cuales no recibe beneficio económico alguno, como son, entre otros, la salvaguardia del medio ambiente y la conservación del espacio natural y la gestión del territorio, así como por la renuncia que supone a esa mayor rentabilidad económica que conllevaría la implantación de técnicas industrializadas, puesto que en las mismas siguen vivas las notas que dieron lugar a la implantación de un Régimen Especial de Seguridad Social³³.

Las disyuntivas que se presentan a la hora dar respuesta al presente interrogante pueden ser:

1. la pervivencia del actual REASS dando cobertura a las singulares situaciones de necesidad que presenten de modo independiente los trabajadores por cuenta

SE HACE POR ELLO NECESARIO LA FORMACIÓN DE UN CENSO AGRARIO COMO ACTO INSTRUMENTAL PROPIO Y SINGULAR

ajena de carácter eventual, otorgando un plus de protección ante la realidad de desempleo de este colectivo ante las situaciones de empleo en las que desempeñan sus labores, agravadas por la precariedad y la eventualidad de las mismas; y,

2. la delimitación como sistema especial de Seguridad Social, en el se que aludan a las particularidades referentes a las materias de encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación, sin afectar para nada a la acción protectora dispensada por el Régimen General de la Seguridad Social.

Aun cuando la primera de las opciones también tenga su sentido lógico y su fundamentada argumentación jurídica y pudiera sostenerse en el tenor del *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*, el cual señala la fijación de un período transitorio en el que se permitirá avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores, evitándose así un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias, parece razonable descartarla como solución de futuro, ya que de su dicción no se deriva duda alguna: la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General se producirá el 1 de enero de 2009 mediante la articulación de un sistema especial³⁴.

Será, por tanto, a través de la configuración de un sistema especial de Seguridad Social donde encuentren su lugar las especialidades y singularidades que manifiestan las explotaciones agrarias tradicionales, ya que mantienen las características propias del trabajo en el campo –la dependencia de la tierra y de sus tiempos y la alternancia de períodos de actividad intensivos con períodos de inactividad, es decir, la eventualidad de las labores agrarias en definitiva³⁵ que constituye-

³² Cfr. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha: *Propuesta de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias*, cit., pág. 9.

³³ Como señalaba el señor Secretario General de la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos –COAG– (NAVARRO VILLARREAL) en su comparecencia ante la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, cit., pág. 7960, “es evidente que la actividad agraria tiene unas características propias que la diferencian de los demás sectores productivos [...]. Estamos hablando de los diferentes cultivos y realidades agronómicas del Estado español, de la estacionalidad de las producciones, del medio físico en el que se producen (medio rural, deficiencias estructurales y en servicios sociales, etcétera), de una población en disminución sometida a las inclemencias meteorológicas, del mercado y de las administraciones. Pero también estamos hablando de un sector estratégico para la economía, para la sociedad y para el medio ambiente”.

³⁴ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, cit., pág. 15, quienes señalan que la eliminación de Regímenes impulsa imperceptiblemente el papel de los llamados “sistemas especiales”.

³⁵ Particularidades que habilitan el establecimiento de un Sistema Especial a través de la introducción de modulaciones en su regulación limitadas a materia de afiliación, cotización o recaudación pero que no alcanzan a la acción protectora ni a las prestaciones, cfr. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha: *Propuesta de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias*, cit., pág. 3.

ron la base de la implantación de unos actos instrumentales propios y específicos en materia de afiliación y de cotización para los trabajadores empleados en faenas agrarias³⁶.

En este punto, y al objeto de concretar cómo quedaría configurado y delimitado este sistema especial de Seguridad Social, a continuación se van a recoger unas notas generales de cómo se entendería, referenciado tanto a su campo de aplicación como a los actos instrumentales que le serían propios y característicos.

B) CAMPO DE APLICACIÓN

La creación de este sistema especial, con menores obligaciones sociales, exige el establecimiento de unas fronteras bien delimitadas y bien definidas de su ámbito de aplicación, con el que se consiga, en primer lugar, evitar la enorme litigiosidad dirigida a discernir un puro dato de encuadramiento cual el relativo a la determinación del Régimen o Sistema en el cual han de quedar comprendidos determinadas actividades y determinados sujetos; y, en segundo lugar, poner de manifiesto las especificidades que justifican la existencia de los mismos –la debilidad económica del sector y el empleo de técnicas y medios de producción y explotación que conllevan a la misma- aislándolos de otras posibles inherencias.

Este criterio jurídico ha de ser el desempeño de una actividad laboral en una explotación agraria, integradora de todo el proceso productivo, es decir, el campo de aplicación de este sistema especial de protección social para los trabajadores agrarios por cuenta ajena de carácter eventual vendrá determinado no ya tanto por el ejercicio de labores agrarias cuanto por el ejercicio de cualquier tarea encaminada a la obtención de beneficios por la explotación agraria, en la medida que la misma es entendida como una entidad económica compleja en la que con mayor facilidad podrán ser identificadas aquellas notas características que justifiquen la especialidad de éstos³⁷.

A ello habrá de añadirse que si, como se ha señalado, las especialidades en materia de afiliación y de cotiza-

ción que el nuevo sistema especial radica en la debilidad económica del sector y en el empleo de un modelo de producción tradicional que reporta cuantiosos beneficios al medio ambiente y un enorme valor añadido, que imposibilita el acceso a una rentabilidad económica mayor y que mantiene vivo el particularismo de la actividad agraria, no hay justificación alguna para mantener encuadrados el mismo a aquellas explotaciones en las que no concurren las mencionadas circunstancias.

Por consiguiente, se deben aminorar los límites configuradores del campo de aplicación del REASS, constituyendo una excepción a la inclusión en el ámbito de aplicación sistema especial, en primer lugar, las explotaciones agrarias de titularidad pública, por cuanto en la mismas no concurre la debilidad económica propia del sector agrario; y, en segundo lugar, las explotaciones agrarias en las que se empleen formas de explotación y técnicas de cultivo netamente industrializadas con modelos de producción con una alta rentabilidad y productividad, que hacen desaparecer las notas características del particularismo agrario.

Respecto a la nota de habitualidad, con relación a los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual, siguiendo el concepto propio de habitualidad laboral agraria dado por la Ley 38/1966, de 31 de mayo, ésta debe ser reconducida no a connotaciones y términos temporales, sino a términos económicos, a la exigencia de que la realización de labores en una empresa agraria constituya el medio fundamental de vida del bracero o jornalero, lo que justificará la debilidad económica del trabajador empleado en el campo y la estacionalidad y precariedad con la que ejecuta su relación laboral, encontrándose en ambas circunstancias la justificación para una protección discriminada y más favorable en materia de encuadramiento y de cotización.

Desempeña aquí el sistema especial del Régimen General de la Seguridad Social la labor de instrumento jurídico que hace realidad el régimen público de Seguridad Social a este colectivo, convirtiéndose en la posibilidad para que los trabajadores eventuales agrarios alcancen una protección social aceptable y adecuada, para lo que será necesario que estos trabajadores no

³⁶ Esta postura se encuentra refrendada por las organizaciones agrarias que se postulaban a favor de la plena equiparación en cuanto al nivel de prestaciones, así, véanse las comparecencias de las organizaciones agrarias ante la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, cit., págs. 7960-7961, 7973, 7979 a 7981, respectivamente.

³⁷ En este sentido, el Señor Secretario General de la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos –COAG- (NAVARRO VILLARREAL), en su comparecencia ante la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, cit., pág. 7961.

En sentido contrario, cfr. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha: **Propuesta de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias**, cit., pág. 22.

tengan derecho al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social por estar encuadrados en otro Régimen de la Seguridad Social.

Con relación a la delimitación de la nota de medio fundamental de vida en un único umbral objetivo de renta, sí ha de quedar bien definido que la concurrencia de tal exigencia para que los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual empleados en explotaciones agrarias puedan ser beneficiarios de determinadas singularidades y especificidades en materia de afiliación y de cotización, debe hacer una alusión personal e individual al trabajador, independiente de cualquier referencia a la situación familiar y a la actividad productiva de terceras personas, no siendo, por tanto, necesario, que los ingresos aportados a la unidad familiar por el trabajador por cuenta ajena de carácter eventual supongan los principales ingresos de la unidad familiar, por cuanto las normas de Seguridad Social protegen estados de necesidad de concreción individual.

C) ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

El desempeño de las actividades en una explotación agraria a través de métodos de producción tradicionales hará que el particularismo del sector agrario, dependencia de la tierra y de sus tiempos, incida de modo singular en los aspectos instrumentales de la Seguridad Social para de este modo garantizar una protección social adecuada al colectivo de trabajadores en ella empleado.

Se hace por ello necesario la formación de un censo agrario como acto instrumental propio y singular. La inclusión en el mismo se verá reducida a los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual y a los fijos-discontinuos, los trabajadores por cuenta propia y los empresarios agrarios que empleen técnicas de cultivo tradicionales, por cuanto es en ellos donde se

reproduce el particularismo del sector, con el que se permite el acceso a las prestaciones dispensadas durante situaciones de inactividad³⁸.

La inscripción en el censo agrario durante períodos de inactividad, dadas las características de transitoriedad y eventualidad en el desempeño de labores agrarias, su consideración de situación de alta, constituye quizá el hito más importante en la consideración de este sistema especial como el instrumento que hace posible el régimen público de Seguridad Social en el mundo agrario.

No obstante lo anterior, y a pesar de la labor social a la que está llamado este sistema especial respecto de los trabajadores de las explotaciones agrarias que manifiesten una debilidad económica, éste habrá de contar con los medios instrumentales necesarios que permitan lograr un control efectivo de las altas y bajas en el censo agrario, de modo que sólo resulten beneficiarios de las prerrogativas por él dispensadas con relación a los diferentes actos instrumentales quienes realmente resulten acreedores de las mismas³⁹.

D) RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

De nuevo el particularismo del sector agrario se ha de notar en el sistema de cotización establecido por el nuevo sistema especial del Régimen General de la Seguridad Social, con unas menores exigencias contributivas ante la debilidad económica del sector que el mismo manifiesta y como contraprestación al empleo de técnicas de cultivo y modalidades de explotación que reportan un beneficio colectivo no susceptible de lucro por parte del agricultor o del ganadero⁴⁰, así como por la necesidad de que éste se convierta en el instrumento que posibilite la materialización de un régimen público de seguridad social a los trabajadores agrarios⁴¹.

³⁸ Parece obvio que en el colectivo de los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo no concurren las notas atinentes a la eventualidad de sus prestaciones laborales.

³⁹ Sobre la regulación propia para las altas y bajas de este nuevo sistema en el sentido de lo ya establecido en el Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales, cfr. Federación Agroalimentaria CCOO: **Propuesta de regulación del Sistema Especial de los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrícolas por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social**, cit., pág. 4.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", cit., pág. 19, señalando al terreno de la cotización como aquél que mayores problemas presentará.

⁴¹ El Señor GRIÑÁN MARTÍNEZ, en su intervención ante la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo, cit., pág. 7983, defendía que "el sector agrario es más que cualquier otro sector, porque [...] asume una serie de papeles que no se centran sólo en el establecimiento de una producción agraria para la alimentación humana [...]. Tenemos que ver cuál debe ser la contributividad de esa explotación que es la que ocupa el territorio, la que mantiene el medio ambiente, la que genera alto valor añadido para otros sectores [...]."

En primer lugar, con relación a la cotización de los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual éstos estarán obligados a cotizar por cada jornada real realizada según el tipo establecido por el Régimen General de la Seguridad Social, además de por cuotas fijas mensuales, si bien sólo serán los sujetos responsables del pago de las cuotas fijas mensuales durante los períodos de inclusión en el censo agrario mientras no se encuentren realizando tareas por cuenta de ningún empresario. Hecho éste que permite garantizar la continuidad de una carrera de seguro amplia en orden al lucro de futuras prestaciones sociales y que posibilita la plasmación del sistema de Seguridad Social para con estos trabajadores. Obligación que se verá suspendida durante los períodos de tiempo en los que estuvieran prestando servicios que dieran lugar a su inclusión en otro Régimen de la Seguridad Social, por cuanto en estos supuestos no concurrirían las circunstancias necesarias que les harían beneficiarios de un trato discriminatorio en orden al acceso a las prestaciones, en cuyo caso los trabajadores deberán ingresar como sujetos responsables del pago la diferencia de la cuota fija mensual resultante de restar a treinta (número de días computable para todos los meses) el número de días en que hubieran desempeñado una actividad laboral, ya en una explotación agraria, ya en otro sector productivo.

En segundo lugar, respecto de los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, se eliminará la responsabilidad que sobre los mismos recae del ingreso de las cuotas fijas mensuales. Estos sujetos cotizarán conforme a las reglas establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social, eliminándose el sistema de cuotas separadas e instaurándose el modelo de cuotas conjuntas y la cotización no por jornadas reales sino por las retribuciones percibidas.

En tercer lugar, los empresarios titulares de explotaciones agrarias en las que se empleen técnicas de cultivo y métodos de producción tradicionales, donde se haga presente el particularismo de la actividad agraria, serán los obligados a cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; por cada jornada real efectivamente realizada; al Fondo de Garantía Salarial, y por la contingencia de desempleo; y los responsables del ingre-

ES PRECISO EL TRASVASE DE RECURSOS ECONÓMICOS POR PARTE DE LOS OTROS SECTORES ECONÓMICOS

so de las cuotas de los trabajadores no sólo de la contingencia de desempleo como hasta ahora, sino también de las cuotas de los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual por cada jornada real realizada, y de los trabaja-

dores por cuenta ajena de carácter fijo. No obstante lo anterior, y dada la especialidad de los sistemas de producción empleados, estos empresarios cotizarán conforme a tipos reducidos.

En la medida en la que la menor carga contributiva exigida a los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual, así como a los empresarios titulares de explotaciones agrarias, responde, junto al objetivo de hacer realidad en el mundo agrario el régimen público de Seguridad Social, a la necesidad de ofrecer una contraprestación ante la introducción de distintos beneficios sociales por estos colectivos en la sociedad no traducibles a términos económicos⁴², es preciso el trasvase de recursos económicos por parte de los otros sectores económicos, esto es, se requiere tanto una solidaridad intersectorial como una solidaridad nacional al objeto de que la Seguridad Social Agraria cuente con los recursos económicos necesario con los que hacer frente al servicio de las prestaciones para aquellos supuestos en los que los riesgos se vean traducidos en situaciones de necesidad.

Con este posicionamiento se legitimaría socialmente el tratamiento de discriminación positiva que se da al campo, en tanto que las menores aportaciones sociales requeridas a los trabajadores y empresarios agrarios serían la contraprestación de la sociedad al mundo rural por la incorporación al mercado de valores intangibles como la atención del medio ambiente, la salvaguardia de los espacios naturales, el equilibrio territorial, el mantenimiento de las culturas y de las tradiciones.... Cuestiones todas ellas alejadas de los tópicos de la debilidad económica del sector y de la subvención y el subsidio. ●

⁴² A estas dos circunstancias habría de unirse una tercera, lo que la doctrina francesa ha calificado "crédito demográfico" de la agricultura a los otros sectores, y que puede describirse como sigue: "las familias campesinas soportan a muchos futuros trabajadores de la industria y los servicios mientras son improductivos; cuando esta fuerza de trabajo está en condiciones de producir pasa a nutrir los otros sectores productivos, esto es, en términos de Seguridad Social, a financiar sus regímenes por el mecanismo de la solidaridad entre generaciones. Se ha podido afirmar, a la vista de estos hechos, que las compensaciones intersectorial y nacional al Régimen Agrario no tienen un mero carácter de asistencia, sino que se deben en justicia como saldo de "crédito demográfico" contraído con este sector," cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: "La <<especialidad>> del Régimen agrario de la Seguridad Social", *RISS*, núm. 6 (1969), pág. 1238.

LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS*

Belén GARCÍA ROMERO

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

93

1.- INTRODUCCIÓN: LA CONVERGENCIA ENTRE RÉGIMENES Y EL FUTURO DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El nacimiento del Sistema español de Seguridad Social supuso la institucionalización de un modelo dualista, instrumentado en torno a un Régimen General y a una pluralidad de Regímenes Especiales. Aquél se concebía como núcleo central del propio sistema y punto de atracción de estos otros, los cuales aparecían configurados como regímenes transitorios, en cuanto que llamados a desaparecer en cuanto se lograra la proclamada futura unidad del entero sistema.

La necesidad de superar la fragmentación de la Seguridad Social ha sido una constante general a lo largo de la historia de nuestro sistema público de protección social, y el Régimen Especial Agrario no ha permanecido ajeno a dicha orientación homogeneizadora. Na-

cido para dar respuesta jurídica a las circunstancias sociales, económicas, demográficas, etc., del campo español en la mitad de los años sesenta, en un momento en que el sector agrario ocupaba un puesto de primera línea en la actividad económica, por su relevancia tanto en la población activa ocupada como en el producto interior bruto nacional, el Régimen Especial Agrario se instituyó con el propósito de incorporar a los trabajadores agrarios a la protección de la Seguridad Social, desde una perspectiva que les reconocía singularidades específicas en materia de cotización y de prestaciones. En la actualidad, sin embargo, son muchas las voces, tanto en la doctrina científica como también en los foros sociales y políticos, que vienen postulando la necesidad urgente de acometer la reforma de este régimen especial, una vez que las circunstancias que presidieron su actual ordenación han cambiando radicalmente, al haber experimentado la realidad socio-económica del campo una importante transformación y evolución, que ha acercado la realidad rural a la realidad urbana gracias a incorporación de capital, a la mecanización y al uso de métodos y técnicas de explotación y producción industrializados¹, y todo ello

* Este trabajo de enmarca en los resultados científicos del Proyecto SEJ 2006-06452/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad".

¹ HIERRO HIERRO, J., *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Pamplona. Ed. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 80.

unido a una menor presión demográfica debido a la creciente disminución de la población activa dedicada a labores agrarias.

La tendencia a la unidad de la Seguridad Social vendría ya marcada en la propia LBSS de 1963, entendida como base, objetivo y directriz del Sistema, pero no se inicia propiamente hasta 1985. Sin embargo, será en épocas más recientes cuando este debate alcance niveles de máxima actualidad política, hasta el punto de que las tendencias hacia la racionalización de la estructura del sistema de Seguridad Social y hacia la convergencia de los Regímenes Especiales –el Agrario incluido– con el General aparecen, de manera persistente y recurrente, en el enunciado de los objetivos básicos de prácticamente todos los procesos de reforma que han afectado a la Seguridad Social en los últimos años, si bien ha de reconocerse que la anhelada convergencia no se ha cumplido en su plenitud, ya que continúan existiendo notables diferencias entre el Régimen General y los Especiales. Por lo demás, la simplificación estructural del sistema y la convergencia entre regímenes no es sólo una cuestión programática, es también importante por exigencias constitucionales y para evitar privilegios o injusticias y agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social y hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos profesionales².

En tal sentido, la reforma llevada a cabo en 1985 (por Ley 26/1985, de 31 de julio de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social) operó ya una drástica reducción en la nómina de los Regímenes Especiales.

No obstante, es en el curso de las dos últimas décadas cuando las declaraciones sobre las disfunciones que provoca la vigente y fraccionada estructura del sistema de Seguridad Social se han sucedido de manera ininterrumpida: Pacto de Toledo de abril de 1995, Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Seguridad Social de abril de 2001, Resolución del Congreso de los Diputados de octubre de 2003 y Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006.

De acuerdo con las recomendaciones 4ª y 6ª del Pacto de Toledo de 1995, es una exigencia de equidad que debe presidir el sistema de protección social la equiparación en prestaciones y obligaciones a los cotizantes del sistema, simplificando la estructura de regímenes.

LA NECESIDAD DE SUPERAR LA FRAGMENTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL HA SIDO UNA CONSTANTE GENERAL A LO LARGO DE LA HISTORIA DE NUESTRO SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Así pues, el Pacto de Toledo propone reducir de manera gradual el número de regímenes actualmente existentes hasta lograr la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadra-

dos o bien en el Régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, recogiendo, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los eventuales del campo. La intención es que se reduzcan los distintos regímenes de la Seguridad Social, conservando el mínimo de excepciones posibles, y que el régimen general no tenga que seguir soportando el gran peso que representan el déficit y las deficiencias de los demás regímenes (agrario, empleados de hogar, autónomos).

Tal simplificación de la estructura del sistema se contempla también en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Seguridad Social, firmado el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CEOE-CEPYME y CC.OO, y se reitera en la Resolución del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003, por la que se renueva el Pacto de Toledo, al tiempo que constata la necesidad de agilizar, en mayor medida, la labor iniciada a efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes.

Como criterios a seguir en el proceso de integración, se recoge la necesidad de que la misma se lleve a cabo de manera escalonada y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan en relación con cada uno de los colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, ni la bipolarización del Sistema parece que vaya a materializarse de forma inminente, ni tampoco es previsible que la misma consiga la simplificación del mismo, por cuanto se prevé establecer sistemas especiales dentro de los dos Regímenes supervivientes, a través de los cuales se mantendrán una parte impor-

² Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J., “La convergencia entre regímenes de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 81/2005, pág. 210.

tante de las singularidades que separan actualmente desde el punto de vista de la Seguridad Social a los diferentes sujetos protegidos por ésta.

Según lo previsto en el citado Acuerdo de 2001, la simplificación de regímenes se llevaría a cabo mediante un proceso con diversas fases que comprendería, en primer lugar, la integración en el RETA de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario (en adelante, REASS), si bien manteniendo peculiaridades específicas y objetivas en materia de afiliación, altas y bajas, cotización y recaudación, esto es, convirtiéndose en un sistema especial, dentro del Régimen Común de los trabajadores autónomos. En relación con los trabajadores agrarios por cuenta ajena, y previendo que su integración en el Régimen General habría de resultar más dificultosa, se dispuso la constitución de una Mesa a la que asignó como misión el análisis de la citada integración, de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo.

Con el cambio de Gobierno, en marzo de 2004, se replantea la cuestión por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS). A finales del año 2004 se remite oficio del MTAS al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) para que designe los interlocutores del sector agrario e iniciar el proceso de incorporación de los trabajadores por cuenta propia del REASS a un sistema especial del RETA. A tal efecto, se constituye una Mesa con la participación de las Organizaciones Agrarias y la Administración, para iniciar la negociación sobre el encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los trabajadores agrarios por cuenta propia. Después de diversas reuniones, con fecha de 20 de octubre de 2005, se firmó un Acuerdo en esta materia entre los dos Ministerios implicados y las tres Organizaciones Agrarias de ámbito estatal (ASAJA, COAG y UPA).

A tenor de lo previsto en el Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por cuenta propia, de 20 octubre de 2005, la incorporación de los trabajadores por cuenta propia del REASS –unos 245.000 afiliados en alta laboral a finales de 2007³– en el RETA debía producirse con efectos desde el primero de enero de 2008. Y, en efecto, así ha sido, de modo que a partir de dicha fecha todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollen su actividad en el sector agrario han quedado incorporados al RETA, siéndoles de aplicación la normativa que, con carácter general, estuviera vigente en dicho régimen y sin perjuicio del establecimiento, dentro del Régimen Común de los trabajadores autónomos,

de un “Sistema Especial para los trabajadores por cuenta propia agrarios”.

Dado que el Régimen Especial Agrario se encuentra regulado por Ley, la plasmación eficaz de las medidas contempladas en el citado Pacto de 2005 exigía la adopción de una norma de la misma jerarquía. En este sentido, cabe señalar que las previsiones del citado Acuerdo fueron finalmente desarrolladas por la Ley 18/2007, de 4 de julio⁴, la cual, como ejemplo claro de legislación negociada, procede a dar adecuada cobertura normativa a un conjunto de iniciativas que, con apoyo en el diálogo social, tienen por objeto crear las condiciones básicas que permitan conseguir una mejor garantía de los derechos sociales de los agricultores por cuenta propia. En consecuencia, desde 2008 el REASS ha sufrido una radical modificación de su ámbito subjetivo y ahora acoge tan sólo a trabajadores por cuenta ajena, fijos y eventuales, quedando clausurado el censo de trabajadores por cuenta propia.

En las páginas que siguen expondremos los términos en que se ha producido la incorporación de los trabajadores por cuenta propia en el RETA, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de 20 octubre de 2005 y en la Ley 18/2007, de 4 de julio, que lo ha implementado normativamente.

2.- LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA EN EL RETA

2.1. Antecedentes

El *Acuerdo Sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia*, firmado el 20 de octubre de 2005 por el Gobierno y las organizaciones agrarias ASAJA, UPA y COAG, plantea una reforma de la Seguridad Social del sector de los trabajadores agrarios por cuenta propia tendente a la consecución del objetivo de simplificación de la estructura del sistema conforme a la recomendación 6ª del Pacto de Toledo.

Concretamente, se propone la incorporación de este colectivo de trabajadores por cuenta propia en el RETA, si bien teniendo en cuenta las especificidades concurrentes en el sector agrario.

La reforma proyectada- que afecta de manera señalada al encuadramiento y a la cotización a la Seguridad Social-

³ <http://www.mtas.es/estadisticas/bel/AFI/index.htm>.

⁴ BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007.

se halla vinculada a las políticas activas de consolidación y mejora de las explotaciones agrarias, que abra la posibilidad de su reforzamiento con nuevas actividades, con la contratación de trabajadores y con el acceso a niveles de protección social que garanticen el atractivo económico y social de las actividades agrarias.

Para justificar la necesidad de las reformas planteadas, los firmantes del acuerdo llaman la atención sobre la existencia de una legislación poco adecuada a la realidad actual, dado el carácter obsoleto de los criterios utilizados en la definición del campo de aplicación del REASS⁵, los problemas de rentabilidad de las explotaciones agrarias que provocan las limitaciones en la contratación por cuenta ajena, así como el insuficiente nivel de cobertura de las prestaciones sociales, consecuencia del sistema de cotización atenuada, que no garantiza la adecuada sustitución de los ingresos de activo a través de las pensiones.

En efecto, como ya ha quedado dicho, el REASS nació a mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, en un momento en el que el sector agrario ocupaba un lugar de primer orden en la actividad económica del Estado, tanto por el volumen de población activa ocupada como por su incidencia en el Producto Interior Bruto nacional.

Su objetivo fue incorporar a los trabajadores agrarios a la protección de la Seguridad Social, desde una perspectiva que les reconocía singularidades específicas tanto en materia de cotización como en materia de prestaciones.

Así, en lo que se refiere a la definición del campo de aplicación del REASS respecto de los trabajadores por

cuenta propia, se utilizaron algunos conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo la agricultura “como medio fundamental de vida”, concretados luego en el establecimiento de límites sobre el líquido imponible en la Contribución Rústica y Pecuaria, lo que se estimó como referencia suficiente para determinar la capacidad económica de la explotación. De igual modo, se establecieron fuertes limitaciones en la contratación de trabajadores por cuenta ajena, cuya superación originaba la salida del REASS por parte del empleador y su incorporación al RETA⁶.

Todos estos criterios han quedado anticuados. En efecto, de una parte, la Contribución Rústica y Pecuaria fue sustituida, desde 1 de enero de 1990, por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (I.B.I.)⁷. De otra, es evidente que las limitaciones en la contratación de trabajadores constituyen un importante freno para el fortalecimiento de la rentabilidad de las explotaciones agrarias, multiplicando los costes sociales asociados a las nuevas contrataciones y afectando a la competitividad del sector.

Por último, en lo tocante a la cobertura, la configuración de un marco específico de contribución atenuada que tuviera en cuenta las posibilidades económicas del sector agrario combinado con unos niveles de protección inferiores aunque llamados a converger con la establecida en otros regímenes de la seguridad Social, mediante una progresiva actualización de las cotizaciones, lleva a que, en la actualidad, las prestaciones reconocidas sean mínimas, las cuales no garantizan adecuadamente la sustitución por pensión de los ingresos de activo.

Con estos elementos como telón de fondo, las claves de la reforma diseñada por el Gobierno y las organizaciones agrarias en el otoño de 2005 fueron:

a) La incorporación de todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollen su actividad en el sector agrario al RETA debía producirse tras un proceso de convergencia en la aplicación de la base mínima de cotización para los trabajadores

LA INTENCIÓN ES QUE
SE REDUZCAN LOS
DISTINTOS REGÍMENES DE
LA SEGURIDAD SOCIAL,
CONSERVANDO EL MÍNIMO
DE EXCEPCIONES POSIBLES

⁵ Para una crítica de estas notas tradicionales, véase LÓPEZ ANORTE, M^a.C., “Las notas de <<habitudinalidad>> y <<medio fundamental de vida>> delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente”, *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2002, págs. 847 y ss.

⁶ Así, el art. 5.3 del Decreto 3.772/1972, de 23 de diciembre, exige del autónomo agrario la realización de la actividad agraria de forma personal y directa, lo cual implica un cultivo de la tierra con su propio trabajo y una asiduidad en su presencia física, junto a la explotación, sin que pueda ocupar trabajadores por cuenta ajena (a no ser que se trate de eventuales y el número de jornales totales satisfechos a éstos no supere anualmente el número de los que percibiría un trabajador fijo). Tales limitaciones no operan, sin embargo, cuando el titular de la explotación está imposibilitado para el trabajo o cuando ésta fuera una mujer viuda o imposibilitada para el trabajo, siempre que, en ambos casos, no tuvieran hijos o parientes varones mayores de dieciocho años que convivieran con la familia.

⁷ La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, suprime el impuesto de “Contribución Territorial Rústica y Pecuaria” y crea el I.B.I.

por cuenta propia incluidos en aquellos momentos en el REASS, con la base mínima vigente en el RETA, convergencia que debía culminar con la equiparación de ambas magnitudes en el inicio del tercer ejercicio siguiente al de la firma del Acuerdo. No obstante, y teniendo en cuenta el efecto que la mejora de la base de cotización tiene sobre los futuros derechos de protección social, se ofrecería la posibilidad de optar durante el período transitorio por la base mínima de cotización que esté establecida, en cada momento, en el RETA.

EL NUEVO SISTEMA
MANTIENE EL TIPO DE
COTIZACIÓN PROPIO DEL
REASS (EL 18,75%), PERO
INCREMENTA LA BASE DE
COTIZACIÓN MÍNIMA HASTA
EQUIPARARLA CON LA BASE
MÍNIMA ESTABLECIDA EN EL
RÉGIMEN DE AUTÓNOMOS

En otras palabras, el Acuerdo alcanzado en la Seguridad Social Agraria establecía un nuevo sistema de cotización específica y diferenciada para el sector, aunque encuadrado dentro del RETA, que había de entrar en vigor, como así ha sucedido efectivamente, el 1 de enero de 2008, tras un período transitorio voluntario de 2 años, en los que se incrementarán gradualmente las cotizaciones.

Las características del nuevo sistema son que se mantiene el tipo de cotización propio del REASS (el 18,75%), pero se incrementa la base de cotización mínima hasta equipararla con la base mínima establecida en el Régimen de Autónomos. Este cambio debería repercutir en una mejora de las pensiones percibidas por los trabajadores del sector (unos 245.000 aproximadamente)⁸, de un 26%.

b) La incorporación al RETA de los trabajadores por cuenta propia hasta entonces encuadrados en el REASS se haría a través de un "Sistema Especial para los trabajadores por cuenta propia agrarios," aplicable a quienes acrediten los requisitos de profesionalidad, dimensión económica

de la explotación agraria y contratación de trabajadores que se contienen en las medidas incluidas en el presente Acuerdo⁹.

c) Se preveía la adopción de medidas positivas que incentiven la afiliación a la Seguridad Social de los cotitulares de explotaciones familiares agrarias, a través de reducciones temporales en la cotización a la Seguridad Social, en orden a propiciar, también en el sector agrario, una potenciación de los mecanismos que favorezcan la igualdad material entre hombres y mujeres. Con ello se trataba de dar respuesta a las demandas planteadas por las organizaciones agrarias de tener en cuenta el importantísimo papel que desempeña el cónyuge colaborador, que dedica su actividad predominantemente en la explotación familiar de forma personal y directa y a la conveniencia de facilitar la incorporación de jóvenes y mujeres a la Seguridad Social, reduciendo la cotización en los primeros años. Así, se propone la reducción en la cotización de este segundo titular del 30 por 100 de la cuota a abonar por las contingencias de cobertura obligatoria, durante un período de tres años para incorporaciones de segundos titulares menores de 40 años.

Esta medida fue ya implementada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 2006 (Disposición Adicional 49ª).

d) El Acuerdo consideró necesario clarificar el campo de aplicación del REASS respecto de los trabajadores por cuenta propia con la finalidad de dotar al ordenamiento de la Seguridad Social de una mayor seguridad jurídica y de eliminar las consecuencias que traería consigo seguir aplicando unas disposiciones que se consideran totalmente obsoletas.

Para la consecución de los anteriores objetivos, los firmantes del Acuerdo adoptaron las siguientes medidas:

1ª) Encuadramiento a efectos de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia del sector agrario

Con efectos de 1 de enero de 2008, todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollen

⁸ Fuente: www.seg-social.Estadísticas.Alta.laboral

⁹ Téngase en cuenta que la Disp. Adicional 2ª de la Ley 36/2003, de medidas de reforma económica, establece que, en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno elaborará un estudio en el que analice la posibilidad de modificar normativamente el ámbito de aplicación del concepto de trabajador por cuenta propia del REASS.

su actividad en el sector agrario quedarían incorporados al RETA, siéndoles de aplicación la normativa que, con carácter general, esté vigente en dicho régimen y sin perjuicio del establecimiento de un "sistema especial" para este colectivo de trabajadores.

2ª) Establecimiento del "Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrario"

1. Con efectos de 1 de enero de 2008, y dentro del RETA, se establecerá un "Sistema Especial" en el que quedarán incluidos todos los trabajadores por cuenta propia que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Ser *agricultores profesionales*, en los términos establecidos en el art. 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, es decir, personas físicas que, siendo titulares de una explotación agraria, al menos el 50 por 100 de su renta total la obtengan de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de las labores agrarias realizadas en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a labores agrarias directas o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

A estos efectos, el titular de la explotación podrá serlo por su condición de propietario, arrendatario, aparcero, cesionario u otro concepto análogo de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria.

b) Que los *rendimientos anuales netos*, obtenidos de la explotación agraria, por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por ciento del importe de la base máxima de cotización establecida, en el RGSS, en cada momento.

Se entiende por explotación agraria a estos efectos el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituyen en sí misma una unidad técnico-económica.

Que realicen las labores agrarias de *forma personal y directa* en las explotaciones, aún cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que se trate de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos por los eventuales no supere los 546 en un año, computado de fecha a fecha.

Las limitaciones en la contratación de trabajadores por cuenta ajena a que se refiere el párrafo anterior se entienden aplicables por cada explotación agraria. En el caso de que en la explotación agraria existan dos o más titulares, en alta todos ellos al RETA- Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agraria- se añadirá al número de trabajadores o jornales previstos en el párrafo anterior, un trabajador fijo más (o 273 jornales al año, en caso de trabajadores eventuales) por cada titular de la explotación agraria, excluido el primero.

La incorporación al sistema especial recogida en la presente medida afectará, además de al titular de la explotación agraria, a su cónyuge y a los parientes, por consanguinidad y afinidad, hasta el tercer grado inclusive, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar.

2. La incorporación al "Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios" producirá los siguientes efectos:

a) La base de cotización será equivalente a la base mínima vigente en el RETA, aplicándose un tipo de cotización del 18,75 por 100.

b) En el caso de que el trabajador, de conformidad con las reglas que rigen el RETA, opte por una base de cotización superior a la mínima, sobre el exceso de base respecto de esta última magnitud se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento en el RETA para las contingencias de cobertura obligatoria¹⁰.

c) Respecto de las contingencias de cobertura voluntaria (Incapacidad Temporal y contingencias profesionales), se aplicarán los tipos de cotización vigentes, con carácter general, en el RETA.

¹⁰ Con carácter general, el tipo de cotización vigente en el RETA a partir del 1 de enero de 2006, es el 29,80 por 100. No obstante, cuando el trabajador por cuenta propia o autónomo haya optado por no acogerse a la cobertura de la protección por incapacidad temporal, el tipo será el 26,50 por 100 (Vid. art. 14.1 Orden ATA/29/2006, de 19 de enero. Estos mismos porcentajes se mantienen para 2008, según el artículo 122 Ley 51/2007, de 26 de diciembre, LPGE para 2008).

3ª) Aplicación paulatina de las bases mínimas de cotización durante los ejercicios 2006 y 2007

1. Durante los ejercicios 2006 y 2007, se efectuarían los incrementos necesarios en la base única de cotización en el REASS, de forma que, a 1 de enero de 2008, coincidiera con la base mínima que esté vigente en el RETA¹¹.

Durante el período señalado, sobre la base de cotización resultante se aplicaría el tipo de cotización del 18,75 por 100. A su vez, se seguirían aplicando los tipos de cotización vigentes en el REASS, respecto de la contingencia de cobertura voluntaria (Incapacidad Temporal)¹².

2. No obstante lo anterior durante el período transitorio de 2 años se posibilitaría que los trabajadores por cuenta propia del REASS, que no se hubiesen acogido a la modalidad de cotización prevista en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, pudieran de forma voluntaria, optar por una base de cotización equivalente a la base mínima establecida, en cada momento en el RETA. Sobre esta base se aplicaría el tipo de cotización del 18,75 por 100.

La base mínima de cotización del RETA será aplicable a los nuevos trabajadores por cuenta propia agrarios, en quienes concurren los condicionantes señalados en la medida segunda.

Respecto de la contingencia de cobertura voluntaria (Incapacidad Temporal) se aplicarán los tipos de cotización vigentes en la actualidad.

3. Los trabajadores que, con anterioridad al 1º de enero de 2006, hubieran optado de forma voluntaria por la aplicación del sistema de cotización previsto en la Ley 36/2003 o les hubiese sido de aplicación el mismo con carácter obligatorio antes de dicha fecha, tendrán, a efectos de la cotización a la Seguridad Social las siguientes opciones:

a) En el caso de que se hubiese optado por la base mínima del RETA, a la misma se aplicarían los tipos de cotización indicados en el apartado 1.

b) Si los interesados hubieran elegido una base de cotización superior a la cuantía de la base mínima de cotización del RETA, podrían, por una sola vez, optar por la base mínima de cotización de dicho Régimen. En este supuesto, se aplicarían los tipos de cotización indicados en el apartado 1.

c) Cuando los interesados hubiesen elegido una base de cotización superior a la cuantía de la base mínima de cotización del RETA, sin haber hecho uso de la posibilidad de optar por la base mínima de cotización de dicho Régimen, se mantendría la base de cotización elegida sobre la cual se aplicarían los tipos de cotización y los coeficientes regulados en el apartado 2 de la mencionada disposición 36ª de la LGSS.

4ª) Modificación del campo de aplicación establecido en el Reglamento General del REASS

Se prevé la modificación Reglamento General del REASS, aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, de modo que, durante el período de aplicación paulatina a que se refiere la medida tercera, queden encuadrados en dicho Régimen Especial los trabajadores por cuenta propia que, a la entrada en vigor de la nueva disposición normativa, reúnan las condiciones reflejadas en el apartado 1 de la medida segunda.

A tal efecto, la Administración habría de tramitar la oportuna disposición normativa (como así hizo a través de la Ley 18/2007), que modifique el citado Reglamento, procediendo a la derogación de los artículos del mismo, opuestos a los nuevos criterios.

5ª) Medidas a favor de los cotitulares de explotaciones agrarias

Con efectos de 1 de abril de 2006, se podrá aplicar una reducción de las cotizaciones al REASS, a favor de las personas que sean cotitulares de explotaciones agrarias, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

¹¹ Con efectos de 1 de enero de 2008, la base mínima de cotización del RETA queda establecida con carácter general en 817,20 euros/mes (Vid. artículo 122 Ley 51/2007, de 26 de diciembre, LPGE para 2008).

¹² Respecto a la mejora voluntaria, el tipo de cotización es del 4,35 por 100, del que el 3,70 por 100 corresponderá a contingencias comunes y el 0,65 por 100 a contingencias profesionales (Vid. art. 13.6 Orden TAS/29/2006, de 19 de enero).

- Que se trate de personas menores de 40 años.

- Que su cónyuge, cotitular de la explotación agraria, esté en alta en el REASS.

La reducción será equivalente al 30 % de la cuota a abonar por las contingencias de cobertura obligatoria en el REASS, correspondiente a la base de cotización que esté vigente en el citado Régimen o, en su caso, a la base mínima de cotización del RETA.

La reducción tendrá una duración de 3 años, a partir de la fecha del alta en el REASS o, en su caso, a partir del 1º de abril de 2006 y será aplicable a las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, se den de alta en el REASS a partir del 1º de enero de 2006.

Esta medida, contemplada en el citado Acuerdo de 2005, fue finalmente desarrollada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 en su Disposición Adicional 49¹³.

Con efectos de 1º de enero de 2006, se procedió a la derogación de la disposición adicional trigésima sexta de la LGSS, en la redacción incorporada por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medi-

LA FINALIDAD
DE LA INTEGRACIÓN DE LOS
AGRICULTORES
POR CUENTA PROPIA EN EL
RETA ES TRIPLE:
MEJORAR
LAS PRESTACIONES,
MODERNIZAR SUS
EXPLOTACIONES Y
AUMENTAR
SU PRODUCTIVIDAD
E INCENTIVAR LA
INCORPORACIÓN DE
MUJERES Y JÓVENES

das de reforma económica, sin perjuicio de su mantenimiento con carácter transitorio, a los efectos previstos en la medida tercera, apartado 3 c).

2.2. Análisis de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

2.2.1. Introducción

El proceso de convergencia entre los distintos Regímenes del Sistema ha comenzado por la inclusión de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA.

La Ley 18/2007, de 4 de julio (BOE del día 5), dictada en desarrollo del Acuerdo sobre encuadramiento y cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por cuenta propia, de 20 octubre de 2005, regula la integración de los trabajadores por cuenta propia del REASS en el RETA con efectos del 1 de enero de 2008, tras el correspondiente proceso de convergencia acontecido en el bienio 2006/2007, que ha permitido aproximar las bases de cotización del REASS a las del RETA.

A tenor de lo previsto, a partir de dicha fecha todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollen su actividad en el sector agrario quedarán incorporados al RETA, siéndoles de aplicación la normativa que, con carácter general, esté vigente en dicho régimen y sin perjuicio del establecimiento, dentro del Régimen Común de los trabajadores autónomos, de un "Sistema Especial para los Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios".

La finalidad de esta integración de los agricultores por cuenta propia en el RETA es triple: mejorar las prestaciones que reciben de la Seguridad Social, modernizar sus explotaciones y aumentar su productividad e incentivar la incorporación de mujeres y jóvenes.

¹³ Una medida similar se había adoptado previamente en el ámbito del RETA consistente en la reducción de la base de cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en este Régimen Especial (art. 5 Ley 36/2003, de medidas de reforma económica, que agrega una nueva disposición adicional, la 35ª a la LGSS). Esta misma Ley, en su disposición adicional 2ª, prevé la realización de estudios sobre la viabilidad de establecer reducciones en la base de cotización por un período de tres años para los jóvenes menores de 30 años que se incorporen por primera vez, como trabajadores por cuenta propia, al REASS. Sin embargo, en el ámbito de los trabajadores agrarios, aunque el propósito es también la minoración temporal de las cotizaciones, el camino propuesto en el Acuerdo y finalmente aplicado en virtud de la Disposición Adicional 49 LPGE para 2006, es diferente al contemplado en la Ley 36/2003, ya que respecto de estos últimos no se prevé la opción por una base de cotización reducida, sino directamente una reducción de la cuota a ingresar. Además, se eleva el límite de edad de los 30 a los 40 años de edad.

Respecto del primer objetivo -mejora de las prestaciones- hay que tener en cuenta que la pensión media del REASS es de 419,74 euros frente a los 644,98 euros de media del sistema. Con la integración en el RETA estas personas aumentarán paulatinamente sus contribuciones, y por ello se ha establecido un período transitorio de ajuste de las bases de cotización hasta el 1 de enero de 2008, pero también se mejorarán sus futuras pensiones.

En lo que se refiere a la modernización del sector agrario, se introduce una mayor flexibilidad para contratar trabajadores y se permite a los agricultores diversificar las explotaciones agrarias, que además de las labores tradicionales, pueden incluir otras actividades complementarias, como son, por ejemplo, las nuevas ofertas que surgen con la creciente demanda de turismo rural.

Por último, con la reforma se pretende incentivar el trabajo de las mujeres y jóvenes, como base esencial para el desarrollo futuro del campo. Actualmente, las mujeres representan sólo el 30 por 100 del total de afiliados. Además, de dicho total, el porcentaje de mujeres titulares de explotaciones agrarias es del 18 por 100, mientras que el de hombres titulares es del 82 por 100. Para incentivar dicha incorporación se establecen reducciones de la cotización a favor de las mujeres y jóvenes descendientes del titular de la explotación dedicados a la actividad agraria.

La reforma afecta de manera señalada al encuadramiento y a la cotización a la Seguridad Social. En materia de prestaciones, las mismas se reconocerán en los mismos términos y condiciones y con la misma extensión que a los restantes trabajadores del RETA, si bien la cobertura de la Incapacidad Temporal derivada tanto de contingencias comunes como profesionales continuará siendo voluntaria para los trabajadores agrarios por cuenta propia, por expreso mandato de la Ley 20/2007, que aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo¹⁴.

LA INCLUSIÓN EN EL CAMPO DE APLICACIÓN NO DEPENDERÁ DE QUE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA SEA "PEQUEÑA", SINO QUE EL TITULAR DE CUALQUIER EXPLOTACIÓN PODRÁ ESTAR INCLUIDO SIEMPRE QUE LOS RENDIMIENTOS NETOS ANUALES NO SUPEREN EL TOPE ESTABLECIDO

Pero veamos los aspectos más destacados de la Ley 18/2007.

2.2.2. Cambio temporal y voluntario de encuadramiento

La disposición transitoria primera de la Ley 18/2007 establece la posibilidad de que los trabajadores por cuenta propia agrarios que en la fecha de entrada en vigor de la Ley (el 1 de agosto de 2007) se hallaran encuadrados en el RETA y reunieran los requisitos para poder estar incluidos en el REASS, pudieran optar, en el plazo de seis meses, por darse de baja en el RETA y, a su vez, de alta en el REASS.

Debe tenerse en cuenta que la rigidez de los requisitos que permitían el encuadramiento en el REASS antes de la reforma llevada a cabo por la citada Ley 18/2007, determinó que muchos agricultores por cuenta propia se vieran obligados a encuadrarse en el RETA. Con esta previsión legal se pretende ofrecerles la posibilidad de incorporarse temporalmente al Régimen que les resulta más propio en atención a la actividad desarrollada, para regresar poco tiempo después al RETA, aunque ahora encuadrados en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios que se crea en aquél Régimen.

A estos trabajadores les serían de aplicación las siguientes reglas:

La cotización en el REASS se llevará a cabo por una base de cotización equivalente a la que se les aplicaba en el RETA. Sobre dicha base de cotización se aplicarán los siguientes tipos: hasta el importe que coincida con la cuantía de la base mínima de cotización del REASS (801,30 euros en 2007 y 817,20 euros en 2008), el 18,75 %. Por la cuantía que supere la base mínima, el tipo de cotización que, para las contingencias de cobertura obligatoria, esté vigente en el RETA (26,50 %).

La acción protectora abarcará la cobertura de las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aun cuando en el RETA no se hubiera optado por quedar protegido por las contingencias profesionales. La cotización por estas últimas contingencias se llevará a cabo aplicando a la cuantía completa de la base de cotización el tipo 1,00 por 100.

En cuanto a la cobertura por incapacidad temporal, se distingue según que el trabajador hubiera

¹⁴ Disposición Adicional Tercera, núm. 3, de la Ley 20/2007.

estado acogido o no a la protección de esta contingencia en el RETA. Si hubiera estado acogido previamente, la cobertura de esta prestación por contingencias comunes y profesionales será obligatoria en el REASS. En el supuesto contrario, el trabajador podrá en el momento del alta, optar por acogerse voluntariamente a dicha cobertura tanto por contingencias comunes como profesionales. En ambos supuestos, la cotización se llevará a cabo aplicando a la cuantía de la base completa de cotización el tipo del 4,35 por 100, del que el 3,70 por 100 corresponde a contingencias comunes y el 0,65 por 100 a contingencias profesionales.

En el supuesto de que no se solicite la baja en el RETA y la inscripción en el censo agrario en el plazo establecido, los interesados permanecerán incluidos en el RETA.

2.2.3 Modificación del campo de aplicación establecido en el Reglamento General del REASS

La Ley 18/2007 ha supuesto también la introducción de importantes alteraciones en la delimitación del campo de aplicación del REASS en tanto se producía la esperada integración definitiva de los trabajadores por cuenta propia agrarios en el RETA, con el fin de que se desarrollara desde ese momento en unos parámetros semejantes a los del futuro Sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios que se configura en la propia Ley.

Tal previsión es objeto de desarrollo por la disposición final primera. En ella, el legislador procede a modificar algunas de las disposiciones del Texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio.

En realidad, lo que hace el precepto es adecuar transitoriamente el campo de aplicación del REASS, durante sus escasos 5 meses de vigencia (desde el 1 de agosto al 31 de diciembre de 2007), para lograr una coincidencia inmediata entre aquél y el que, a partir del 1 de enero de 2008, ha de ser el ámbito de aplicación del nuevo sistema especial. Únicamente se plantea como diferencia que no se permite la contratación de los hijos menores de 30 años del titular de la explotación agraria como trabajadores por cuenta ajena.

La primera de las reformas, afecta a la letra b) del artículo 2, cuya redacción pasa a ser idéntica a la del artículo 2 de la Ley 18/2007, en el que se definen los requisitos que han de reunir los trabajadores por cuen-

ta propia agrarios para poder quedar incluidos en el Sistema Especial creado por dicha Ley.

La segunda modificación es coherente con una visión globalizada de todos los componentes de la explotación familiar agraria, en especial de las mujeres y de los jóvenes. De ahí que la Ley, siguiendo al Acuerdo Social de 2005, contemple que la incorporación al sistema especial recogido en la misma afecte, además de al titular de la explotación agraria, a su cónyuge y a los parientes, por consanguinidad y afinidad, hasta el tercer grado inclusive, que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar.

De acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley 18/2007, las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquél por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del empresario o del titular del negocio industrial o mercantil o de la explotación agraria o marítimo-pesquera.

2.2.4. El nuevo Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios: requisitos de encuadramiento y efectos de la inclusión

A) REQUISITOS DE ENCUADRAMIENTO

Los requisitos para estar incluidos hasta el 31 de diciembre de 2007 en el campo de aplicación del REASS y a partir del 1 de enero de 2008, dentro el "Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios" que se crea dentro del RETA son los siguientes:

- a) Que se trate de personas físicas mayores de 18 años que, siendo titulares (en concepto de propietario, arrendatario, aparcero, cesionario u otro concepto análogo) de una explotación agraria, al menos el 50 por 100 de su renta total la obtengan de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que la parte de renta procedente directamente de las labores agrarias realizadas en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a labores agrarias directas o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

Se entiende por “explotación agraria” a estos efectos el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituyen en sí misma una unidad técnico-económica. Además, el titular de la explotación podrá serlo por su condición de propietario, arrendatario, aparcerero, cesionario u otro concepto análogo de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria (art. 2.2 Ley 18/2007).

De otro lado, y para evitar dudas, la Ley 18/2007, de 4 de julio se encarga de aclarar qué debe entenderse por “actividades complementarias” en su artículo 2.2 párrafo segundo, entendiendo que bajo esta expresión se considerarán comprendidas la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en Instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario; también tendrán la consideración de actividades complementarias las actividades de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.

Ello supone un gran avance respecto de la vieja regulación. En efecto, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento del REASS, eran “labores agrarias” las de obtención directa de frutos y productos agrícolas, forestales o pecuarios. Al exigirse ese carácter directo quedaba excluida del REASS la actividad que incidiendo en una explotación agraria, lo sea con carácter complementario de un proceso industrial o fabril (STS de 18 de junio de 2001, Ar. 6313). Asimismo, tenían esta consideración las labores de almacenamiento de los referidos frutos y productos en los lugares de origen y las de su transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio, sin que ninguna operación posterior pudiera ser considerada agraria, excepto las de primera transformación. No se consideraba un proceso simple de transformación la selección, clasificación y envasado del producto (STS de 26 de abril de 1993, Ar. 3367).

Los elementos utilizados para definir al “agricultor profesional”, recuerdan a los tradicionales criterios utilizados para la configuración del cam-

po de aplicación del REASS (habitualidad y medio fundamental de vida), si bien con la nueva regulación se corrige su indeterminación, en la medida en que ahora quedan concretados en magnitudes contables de tiempo y rentabilidad de más fácil verificación¹⁵.

Efectivamente, según la nueva definición, la habitualidad requerida para ser agricultor profesional, se considera cumplida cuando el tiempo dedicado a las labores agrarias en sentido amplio supera la mitad del tiempo de trabajo personal total. Y, de otro lado, se entiende que la agricultura constituye el medio fundamental de vida del trabajador agrario cuando obtenga de las actividades agrarias un 50 por ciento como mínimo de su renta total, siempre que un 25 por ciento de dicha renta proceda directamente de actividades agrarias realizadas en su explotación.

b) Que los *rendimientos anuales netos*, obtenidos de la explotación agraria, por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por ciento del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida, en el RGSS, en cada momento.

La inclusión en el campo de aplicación no dependerá como antes ocurría en el REASS de que la explotación agraria sea “pequeña”, esto es, de que tenga un líquido imponible por contribución rústica y pecuaria (IBI rústico) no superior a 300,51 euros, sino que el titular de cualquier explotación podrá estar incluido siempre que los rendimientos netos anuales no superen el tope establecido.

Sin embargo, la condición de pequeño agricultor sigue siendo necesaria para que proceda la inclusión en el sistema especial, sólo que ahora depende de los rendimientos anuales netos obtenidos por cada titular de la misma, que no pueden superar un porcentaje fijo (el 75 %) de la base máxima de cotización del RGSS vigente en cada momento. Para 2008, siendo la base máxima de cotización para todas las categorías de trabajadores igual a 3.074,10 euros mensuales (art. 122 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008), el límite de ingresos obtenidos por cada titular queda establecido en 27.666,9 euros netos anuales (cantidad que resulta de aplicar el 75% al producto que se obtiene de multiplicar 3.074,10 por 12 mensualidades).

¹⁵ En este sentido, F.J. Hierro Hierro y M. Cardenal Carro “Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, nº 9, 2007.

c) Que realicen las labores agrarias de *forma personal y directa* en las explotaciones, aún cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que se trate de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales

satisfechos por los eventuales no supere los 546 en un año, computado de fecha a fecha.

Respecto de la vieja normativa del REASS, que imponía a quienes trabajaran por cuenta propia la observancia del requisito de no ocupar a ningún trabajador fijo ni a eventuales a los que se haya satisfecho un número de jornales totales que supere anualmente el número de los que percibiría un trabajador fijo, la nueva regulación es claramente menos rígida. Esta mayor flexibilidad en la contratación de trabajadores contribuye a modernizar el sector agrario, permitiendo tener explotaciones más rentables.

Además, las limitaciones en la contratación de trabajadores por cuenta ajena a que se refiere el párrafo anterior se entienden aplicables por cada explotación agraria. En el caso de que en la explotación agraria existan dos o más titulares, en alta todos ellos al RETA- Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agraria- se añadirá al número de trabajadores o jornales previstos en el párrafo anterior, un trabajador fijo más (o 273 jornales al año, en caso de trabajadores eventuales) por cada titular de la explotación agraria, excluido el primero.

Al ampliar los límites de contratación en proporción al número de cotitulares, se incentiva la

LA VOLUNTARIEDAD DE
ASEGURAMIENTO PARA LOS
TRABAJADORES AGRARIOS
POR CUENTA PROPIA HABRÁ
DE ENTENDERSE REFERIDA A
LA INCAPACIDAD TEMPORAL
CUALQUIERA QUE SEA
EL ORIGEN, COMÚN O
PROFESIONAL, DE ESTA
CONTINGENCIA

afiliación a la Seguridad Social de los cotitulares de las explotaciones familiares agrarias.

De otro lado, interesa destacar que la disposición adicional tercera de la Ley 18/2007 autoriza a que el titular de la explotación agraria pueda contratar como trabajadores por cuenta ajena a sus hijos menores de 30 años, aunque convivan con él. Como singularidad, dicha contratación no lleva aparejada cotización a la contingencia de desempleo y, consecuentemente, los hijos no podrán acceder a la correspondiente cobertura.

A partir de los 30 años de edad del hijo, la presunción jugaría en contra del carácter laboral de la prestación, aunque habría que aplicar la doctrina del TCO sentada en su STCO 92/1991, de acuerdo con la cual habría de permitirse que el familiar pueda probar su condición de trabajador por cuenta ajena así como, en su caso, la inexistencia de convivencia a cargo del titular de la explotación.

Debido a que en las explotaciones agrarias suele producirse la colaboración de toda o parte de la familia, se prevé el encuadramiento como trabajadores por cuenta propia de los familiares colaboradores junto con el titular de la explotación. Así, consecuente con esta visión globalizada de todos los componentes de la explotación familiar agraria, el artículo 2.3 de la Ley 18/2007 dispone que la incorporación al sistema especial afectará, además de al titular de la explotación agraria, a su cónyuge y a los parientes, por consanguinidad y afinidad, hasta el tercer grado inclusive¹⁶, que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar.

Según dispone la Ley 18/2007, en el apartado 4 de su artículo 2, los interesados, en el momento de solicitar su incorporación al Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, deberán presentar declaración justificativa de la acreditación de los requisitos establecidos en el art. 2.1 de la Ley para la inclusión en el mismo¹⁷. La validez de dicha inclusión estará condicionada

¹⁶ La extensión hasta el tercer grado de parentesco, aunque ya había sido introducida por la Ley 36/2003, no deja de sorprender pues tanto la presunción de no laboralidad (art. 1.3 e) ET) como la regla general de Seguridad Social (art. 7.2 LGSS), reducen el concepto de trabajo familiar al 2º grado de parentesco.

¹⁷ Normalmente, tendrán que presentar declaración de la Renta del año anterior, en la que conste que los ingresos anuales son inferiores al límite del 75 por 100 de la base máxima de cotización del RGSS.

a la posterior comprobación por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de la concurrencia efectiva de los mencionados requisitos. La acreditación y posterior comprobación se efectuará en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen.

B) SINGULARIDADES EN LA COTIZACIÓN EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA AGRARIOS

Las principales singularidades referidas a la cotización a la Seguridad Social necesarias para la configuración de este Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios en el RETA, se recogen en el artículo 3 de la Ley. Así, la incorporación al "Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios" producirá los siguientes efectos:

a) Respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, si el trabajador optara como base de cotización por la base mínima vigente en el RETA, se aplicará como tipo de cotización el 18,75 por 100.

b) En el caso de que el trabajador, de conformidad con las reglas que rigen el RETA, opte por una base de cotización superior a la mínima, sobre el exceso de base respecto de esta última magnitud se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento en el RETA para las contingencias de cobertura obligatoria.

c) Respecto de las contingencias de cobertura voluntaria, se aplicarán los tipos de cotización vigentes, con carácter general, en el RETA, para tales contingencias.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo, prevé que para los trabajadores agrarios por cuenta propia incorporados al RETA seguirá siendo voluntaria la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales. Existe aquí una notoria imprecisión técnica, pues en el REASS siempre ha sido obligatoria la cobertura de los riesgos profesiona-

les cuando éstos dan derecho a pensión (prestaciones por muerte y supervivencia, incapacidad permanente), y si lo que se pretende es mantener la situación de procedencia, la voluntariedad de aseguramiento en el flamante Sistema Especial para los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia habrá de entenderse referida a la Incapacidad Temporal cualquiera que sea el origen, común o profesional, de esta contingencia.

C) REDUCCIÓN DE CUOTAS A FAVOR DE LOS COTITULARES DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS.

En desarrollo de lo previsto en el Acuerdo de 2005, la LPGE para 2006 (Disp. Ad. 49ª), estableció con efectos de 1 de abril de 2006, la posibilidad de aplicar una reducción de las cotizaciones al REASS, a favor de las personas que sean cotitulares de explotaciones agrarias, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de personas menores de 40 años.
- Que su cónyuge, cotitular de la explotación agraria, esté en alta en el REASS.

La reducción será equivalente al 30 % de la cuota a abonar por las contingencias de cobertura obligatoria en el REASS, correspondiente a la base de cotización que esté vigente en el citado Régimen o, en su caso, a la base mínima de cotización del RETA.

La reducción tendrá una duración de 3 años, a partir de la fecha del alta en el REASS o, en su caso, a partir del 1º de abril de 2006 y será aplicable a las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, se den de alta en el REASS a partir de 1º de enero de 2006.

Esta medida se mantiene vigente con carácter transitorio, hasta el 31 de diciembre de 2007, para las personas que fueran beneficiarias de la reducción establecida en la misma en la fecha de entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 4 de julio.

La nueva Ley 18/2007, en su disposición adicional primera, establece también la reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria a aplicar a partir de 1 de enero de 2008. En dicha disposición se arbitra un doble régimen de reducción de cuotas, según se trate de nuevos beneficiarios o de personas que hayan disfrutado de estas reducciones al amparo de la Disposición Adicional 49ª de la Ley 30/2005.

En el primer caso, esto es, cuando se trate de personas incorporadas a la actividad agraria a partir de 1 de enero de 2008, que queden incluidas en el RETA a través del Sistema Especial para Trabajadores por

LA NUEVA LEY 18/2007,
EN SU DISPOSICIÓN
ADICIONAL PRIMERA,
ESTABLECE TAMBIÉN LA
REDUCCIÓN DE CUOTAS A
FAVOR DE DETERMINADOS
FAMILIARES DEL TITULAR DE
LA EXPLOTACIÓN AGRARIA
A APLICAR A PARTIR DE 1 DE
ENERO DE 2008

Cuenta Propia Agrarios y cumplan las demás condiciones de edad y parentesco establecidas (que tengan cuarenta o menos años de edad, en el momento de dicha incorporación y sean cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, siempre que éste se encuentre dado de alta en los citados régimen y sistemas especiales), se aplicará sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, una reducción equivalente al 30 por 100 de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75 por 100. Para este grupo de nuevos beneficiarios, la reducción de cuotas tendrá una duración de 5 años computados desde la fecha de efectos de la obligación de cotizar y será incompatible con la reducción y bonificación previstas para los nuevos trabajadores incluidos en el RETA o Régimen de Autónomos en la disposición adicional 35ª de la LGSS.

En el segundo lugar, cuando se trate de personas de cuarenta años o menores que ya fueran beneficiarias

de las reducciones de cuotas, con arreglo a la Disposición Adicional 49ª de la Ley 30/2005, o por quedar incorporadas al Régimen Agrario, como trabajadores por cuenta propia, entre la fecha de entrada en vigor de la Ley 18/2007 (el 1 de agosto de 2007) y el 31 de diciembre de 2007, siendo cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, a su vez incluido en el Régimen Especial Agrario, dicho sistema de reducción se mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2007. Asimismo, tal reducción de cuotas se seguirá aplicando a esas mismas personas a partir de 1 de enero de 2008 si aquéllas quedan incluidas en el RETA, en tanto mantengan las condiciones exigidas para quedar encuadradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

En ambos supuestos, la reducción tendrá efectos de 1 de enero de 2008, si bien se descontará del plazo de duración el plazo disfrutado con anterioridad a dicha fecha en función de las reducciones señaladas anteriormente. ●

LA REFORMA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

Alejandra SELMA PENALVA
José LUJÁN ALCARAZ ⁽¹⁾

I. EL FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

Aunque con algunos discutibles precedentes, fue el Decreto de 17 marzo 1959, por el que se crea el Montepío Nacional del Servicio Doméstico, el encargado de incluir por vez primera a los servidores domésticos en el sistema de previsión social. Tan tardía preocupación del Derecho por la protección social de estos trabajadores se justificó en su momento apelando a la “costumbre tradicional en la familia española, dada su honda raigambre cristiana, (que considera) a los servidores domésticos como una prolongación de la misma, siendo ésta la razón que ha influido para no hacerlos partícipes de los beneficios concedidos por los subsidios y seguros sociales a los demás trabajadores”². No obstante, parece que esta “tardía regulación de la protección social en favor de los empleados domésticos” debió mucho más al propio desarrollo de “un

sistema de previsión social articulado sobre seguros sociales diversificados ideados para la protección del obrero en cuanto típico sujeto del contrato de trabajo”³. Y es que para tener una completa representación del lugar de ocupado por los empleados de hogar ante el Derecho llamado “Social” es necesario recordar las muchas dudas que tradicionalmente ha suscitado la determinación de la naturaleza jurídica de su relación de trabajo. En realidad, si se exceptúa la Ley de Contrato de Trabajo de 21 noviembre 1931, cuyo art. 6 sí reconocía la condición de parte del contrato de trabajo a “los ocupados en servicios domésticos”, la relación de trabajo del empleado de hogar estuvo marginada del Derecho del Trabajo hasta la promulgación de la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales, que, como es sabido, configuró la relación de “trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades” como una relación laboral especial [art. 3.1 a) LRL], en solución que luego haría suya el art. 2.1.b) ET y que sería plenamente efectiva una vez regulada dicha relación por RD. 1424/1985, de 1 agosto.

¹ Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena, respectivamente.

² Exposición de Motivos Ley de 19 julio 1944 que, sin éxito por falta de desarrollo reglamentario, ordenó la extensión “al personal del servicio doméstico” de “los beneficios establecidos por los subsidios familiar y de vejez, seguro de accidentes de trabajo y de enfermedad”.

³ LUJÁN ALCARAZ. J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 20.

En este sentido, del rechazo de la laboralidad de la relación de trabajo de los empleados de hogar subsiguiente a la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo (Decreto de 27 enero 1944) se seguía necesariamente que su inclusión en el ámbito protector de los seguros sociales solo podía instrumentarse “bien desde un planteamiento de justicia social cercano a la benevolencia que es el que parece inspirar la Ley de 19 de julio de 1944, bien desde el propio desarrollo de un sistema público de Seguridad Social superador de las limitaciones que la naturaleza de las distintas relaciones de trabajo imponían al régimen de seguros sociales; esto es, desde la ‘superación del principio laboralista’ opuesto a la extensión de la Seguridad Social”⁴.

De este modo, cuando en España se inicia el proceso que culminará en los años sesenta con la formación de un sistema de Seguridad Social, el empleado doméstico se halla doblemente definido a) como trabajador que no es objeto del contrato de trabajo, pero b) que merece una protección especial mediante un seguro global propio y específico. Y siendo así, una vez que la Ley de Bases de 28 diciembre 1963 vino a postular el “tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social” y a “generalizar la protección a la población activa en su conjunto” (Exposición de Motivos), la inclusión de los empuados de hogar en el campo de aplicación del nuevo sistema de Seguridad Social quedó decidida (cfr. Base 2ª). Como es sabido, de acuerdo con la Base 3ª, el sistema quedaría estructurado conforme a un patrón aún vigente (arts. 9 a 11 LGSS) en el que se distingue entre un régimen general y distintos regímenes especiales definidos “para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social” en relación con “aquellas actividades profesionales (consideradas especiales) por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos”, entre ellos, el entonces denominado del servicio doméstico⁵.

Asumiendo esta composición del sistema, el Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 abril 1966, dispuso en su art. 10 que las normas reguladoras de los distintos regímenes especiales serían aprobadas por el Gobierno a propuesta del Ministro de Trabajo (salvo los regímenes agrario, el de trabajadores del mar y el de

estudiantes, que habrían de ser regulados por Ley). En concreto, dichas normas reglamentarias estaban llamadas a concretar para cada régimen: a) su campo de aplicación, b) el alcance de la acción protectora, que como tendencia y según las disponibilidades financieras del sistema y las características del grupo afectado, se habría de definir conforme a los principios de paridad y homogeneidad con el Régimen General, y c) las especialidades de cada régimen en

materia de afiliación, cotización, recaudación, régimen económico-financiero, Entidades Gestoras y demás materias reguladas en la LSS, también en este caso “tendiendo a la máxima homogeneidad posible con los

HOY EN DÍA NINGUNA DEFENSA TIENE YA EL MANTENIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS EMPLEADOS DE HOGAR

principios del Régimen General”. Además, mientras que de conformidad con la Disposición Final 1ª.2 del Texto Articulado, el Régimen General tendría efectos desde 1 de enero de 1967, la fecha de efectos de los regímenes especiales quedó diferida a lo que determinarían “las normas reguladoras de cada uno de ellos (Disposición Final 1ª.3 del Texto Articulado).

En el caso del trabajador doméstico, dicha norma es el todavía vigente Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

Como no podía ser de otro modo, el régimen jurídico diseñado por el D. 2346/1969 responde a las exigencias y condicionantes del sistema de Seguridad Social emergente. Y no sólo porque la primera norma reguladora del Régimen Especial es el Título I LGSS común al conjunto del sistema, o porque las normas del RGSS tienen carácter supletorio respecto D. 2346/1969, sino muy señaladamente por la sustitución del viejo Montepío por una nueva Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados Domésticos prevista por el art. 40 D. 2346/1969 y constituida por Orden de 11 de agosto de 1970.

⁴ LUJÁN ALCARAZ, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, cit., pág.21, con cita de MONTOYA MELGAR, A., “El derecho internacional de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 61, 1964, pág. 395.

⁵ Congruente con su posición crítica respecto de la opción legislativa que distingue entre Régimen General y Regímenes Especiales, VIDA SORIA, J., afirmó ya en 1971 que la existencia del Régimen Especial del Servicio Doméstico tenía una fundamentación débil y rechazable. En su opinión, “hubiera sido infinitamente más fácil incluir a los servidores domésticos en el régimen general”, (“Régimen general y regímenes especiales en el sistema de la Seguridad Social española”, en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, Año II, núm. 3, junio 1972, pág. 56).

Tras la normalización del régimen de protección social de los empleados de hogar subsiguiente a la aprobación del D. 2346/1969, dicho régimen ha mostrado luego una importante capacidad para adaptarse a los sucesivos y complejos cambios sufridos por el sistema español de Seguridad Social. Sobre las reglas contenidas en el D. 2346/1969 han actuado, en efecto, las modificaciones introducidas en su día por la Ley 24/1972, de 21 junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General, por el Texto de Refundido de la General de Seguridad Social aprobado mediante Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 junio, por las distintas normas reguladoras de concretos aspectos del sistema como el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero) o el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (RD 1637/1995, de 6 octubre). Y desde luego, y con una importancia que no es preciso encarecer, el RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, que, como es sabido, creó las actuales Entidades Gestoras del sistema (INSS, INSALUD, IM-SERSO), suprimiendo, entre otros organismos el INP, el Servicio de Mutualismo Laboral, las Mutualidades Laborales y las demás entidades gestoras de estructura mutualista.

Sin embargo, el que el art. 10.2 e) LGSS denomina *Régimen Especial de Empleados de Hogar* (en adelante, REEH) tiene actualmente ante sí un reto aún

LA DESAPARICIÓN DEL REEH Y LA INTEGRACIÓN DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RGSS ESTÁ DECIDA DESDE QUE LA RECOMENDACIÓN 6ª DEL PACTO DE TOLEDO PROPUGNARA LA ORDENACIÓN DE DOS ÚNICOS RÉGIMENES

mayor: el de su propia desaparición. Y es que, si alguna vez pudo justificarse su existencia, hoy en día ninguna defensa tiene ya el mantenimiento de un régimen especial de Seguridad Social para los empleados de hogar.

II. LA EQUIPARACIÓN ENTRE RÉGIMENES Y LA ANUNCIADA DESAPARICIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

La actual naturaleza laboral del trabajo que prestan los empleados de hogar exige que los mismos sean considerados desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social como lo que son: trabajadores asalariados y, por tanto, incluidos en el régimen propio de éstos. Adviértase en este sentido, además, que una vez que el RD 2621/1986, de 24 diciembre, suprimiera, entre otros, los regímenes especiales de Seguridad Social de Artistas, Toreros, Representantes de Comercio y Futbolistas, el servicio del hogar familiar es el único supuesto en el que sobre el ámbito de aplicación de una relación laboral especial se instrumenta un régimen especial de Seguridad Social (cfr. arts. 2 ET y 10 LGSS).

Es cierto que en la relación de Seguridad Social del empleado de hogar pueden apreciarse ciertas peculiaridades derivadas de la propia especialidad del trabajo que aquéllos prestan. Sobre todo porque en esta clase de relaciones ni el titular del hogar familiar es propiamente un empresario⁶, ni el empleado de hogar dispone de las mismas oportunidades de colocación ni de la estabilidad en los ingresos que sí poseen otros trabajadores. Dicho de otra manera, ni aquél ni éstos presentan la misma fuerza económica que caracteriza a los empresarios y a los trabajadores que han de cotizar al RGSS. Y justamente ahí se ha querido situar la razón de ser de régimen especial; esto es, en la voluntad de otorgar un nivel aceptable de protección a determinados sujetos a los que, debido a las características propias del sector en el que prestan servicios, les

⁶ Posiblemente ésta sea la única situación –salvo quizás las ONGS y demás entidades no lucrativas cuando recurren a la contratación laboral (y no sólo a voluntarios) para realizar sus fines de interés general– en la que el sujeto creador de empleo no es en realidad un “empresario” (entendido como titular de una organización productiva), sino simplemente un “empleador” (que concierta una relación laboral con un objeto distinto a la producción de bienes o servicios para ofertarlos al mercado), lo que ayuda a entender la distinción que realiza al respecto el art. 1.1 ET, y explica en gran parte la razón de ser de la relación laboral especial. Sobre este tema, véase AYALA DEL PINO, C., “La relación laboral común o especial del servicio en el hogar familiar”, *Aranzadi Social*, n° 21, 2003, pág. 3 del soporte informático.

resultaba muy gravoso hacer frente a la misma carga de cotización que asumen los demás trabajadores⁷.

Ahora bien, igual ocurre con otros trabajadores sin que ello impida su encuadramiento en el RGSS. Además, dichas especialidades aparecen a la hora de formalizar la relación jurídica de Seguridad Social y, sobre todo, en materia de cotización, siendo así que tanto el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, como los Reglamentos Generales sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social se limitan a establecer, con acertado criterio, las escasas peculiaridades que la relación de Seguridad Social de los empleados de hogar presenta en estas materias respecto del RGSS. En realidad, de manera muy parecida a como lo hacen respecto de otros sujetos de relaciones de Seguridad Social incluidos en el RGSS. Como mucho, tales singularidades podrían justificar el establecimiento de un sistema especial, pero en absoluto permiten defender el mantenimiento de un régimen especial.

Sí que lo exigiría una diferencia notable respecto de la acción protectora del RGSS. Sin embargo, en el estado actual de evolución del Sistema español de Seguridad Social la tendencia a la homogeneidad con el RGSS (art. 10 LGSS) ha alcanzado tal grado de desarrollo que las peculiaridades que todavía presenta el REEH respecto del RGSS apenas resultan significativas. Unas, porque las excepciones superan a la regla general (por ejemplo, el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas); otras, porque resultan anacrónicas (prestación económica por profesión religiosa); y otras, en fin, porque responden a criterios técni-

co-económicos que muy posiblemente haya llegado el momento de revisar: muy claramente, la fecha inicial de devengo de la prestación económica por incapacidad temporal, pero también la imposibilidad de integrar lagunas de cotización para calcular las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad y jubilación, la inexistencia de protección por desempleo o de las modalidades de jubilación parcial y anticipada, o la inexistencia de contingencias profesionales⁸.

En último término, la desaparición del REEH y la integración de los empleados de hogar en el RGSS está decidida desde que la Recomendación 6ª del *Pacto de Toledo* propugnara la ordenación de dos únicos regímenes, uno para los trabajadores que prestan servicios en régimen de dependencia, y otro para los que realizan su actividad por cuenta propia⁹.

En este sentido, el *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social* firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno, UGT, CC.OO., CEOE y CDEPYME, postula en general la simplificación de la estructura de regímenes y, en lo que al REEH se refiere, anuncia que se “procederá al estudio de la regulación de la relación laboral de carácter especial, a fin de proponer en su caso, su adecuación a la realidad actual”¹⁰. Con el objetivo de convergencia de prestaciones con el Régimen General, especialmente en relación con la cobertura de contingencias profesionales y la fecha de inicio del percibo de la prestación de IT, también se anuncia “el establecimiento de medidas de aplicación paulatina que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos regímenes, en el horizonte de que el Régimen de Empleados de Hogar confluya en el Régimen General, cuando la identidad de tipos de cotización sea plena.”Y, por último, se prevé que “en paralelo se establecerán bonificaciones y cursos de formación

⁷ Sobre la razón de ser del Régimen Especial de los Empleados de Hogar, véase SERAL ÍÑIGO, F. I., “Regímenes Especiales de la Seguridad Social”, Egido Editorial, Zaragoza, 1996, pág. 129 y ss, BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., MOMPARLER CARRASCO, M. A., “Regímenes especiales de la Seguridad Social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 334 y ss; LUJÁN ALCARAZ, J. y SÁNCHEZTRIGUEROS, “Los regímenes especiales de la Seguridad Social”, en “El modelo social en la Constitución Española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003, pág. 1010. Sobre este tema, MONTOYA MELGAR, A., “La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones”, *Revista de Política Social*, n.º 98, 1973, pág. 6 y ss.

⁸ LUJÁN ALCARAZ, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, cit., págs. 152-153.

⁹ *Informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*, elaborado por la Ponencia creada al efecto en la Comisión de Presupuestos por decisión del Pleno del Congreso de los Diputados de 15 de febrero de 1994 y aprobado por éste el 6 de abril de 1995.

¹⁰ Sobre el actual proceso de reforma o reestructuración del sistema de Seguridad Social, puede verse, entre otros, FERRANDO GARCÍA, F. M., GALIANA MORENO, J. M., CAVAS MARTÍNEZ, F., GARCÍA ROMERO, M. B., LÓPEZ ANIORTE, M. C., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *La reforma de la Seguridad Social: el Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*, Bomarzo, 2007; GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M. A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, mayo 2007, pág. 8; SEMPERE NAVARRO, A.V., “La continua (y consensuada) reforma de la Seguridad Social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 714/2006.

que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar” y se compromete el “mantenimiento, en tanto se realice la actividad, del alta y de la cotización, así como de un nivel adecuado de protección”¹¹.

De acuerdo con lo hasta ahora indicado, la justificación de una decisión como la anunciada parece evidente. En efecto, no parece muy razonable defender hoy en día que el sector de los empleados de hogar presenta mayores dificultades de cotización que otros colectivos (como pueden ser, por ejemplo, los trabajadores agrarios por cuenta propia, ya integrados en el RETA o los trabajadores agrarios por cuenta ajena de inminente inclusión en el RGSS). Y es que, dada la progresiva modernización del proceso productivo y la llamativa expansión que en los últimos años ha experimentado el sector terciario, la pervivencia de regímenes particularizados de los que se pueden beneficiar determinados sectores de actividad empieza a verse más como una causa generadora de notables desequilibrios que como origen de verdaderas ventajas. En ese sentido, aunque es cierto que el Tribunal Constitucional ha legitimado las diferencias de trato que introducían estos regímenes especiales siempre y cuando estuviesen fundamentadas en motivos razonables¹², no parece exagerado suponer que la evolución social y económica del país puede terminar justificando una revisión del criterio.

Al plantear la reforma los interlocutores sociales han tenido también en cuenta que la menor protección social que dispensa el REEH contribuye de alguna manera a mantener la desigualdad entre géneros prohibida por la LO 3/2007, de 22 marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Y es que, siendo el objeto de la relación laboral especial del servicio en el hogar familiar (y por tanto, el ámbito material en el que puede producirse el alta en el correspondiente Régimen Especial) la realización de “tareas domésticas”¹³, todas las estadísticas disponibles muestran que las

mujeres tienen una representación en el sector superior al 90%. Y no hay que olvidar que la menor cotización a la que tienen que hacer frente estos trabajadores comporta obviamente restricciones o limitaciones de la acción protectora o incluso la exclusión de determinadas prestaciones como el desempleo. En conclusión, son las mujeres las principales perjudicadas por un régimen especial de Seguridad Social que no ofrece el mismo nivel de protección que el sistema ofrece a otros sectores de actividad y que, en definitiva, las viene colocando históricamente en una situación de inferioridad.

Como ya se ha dicho, el Acuerdo de 13 de julio de 2006 perfila a grandes rasgos los objetivos que debe perseguir la reforma del REEH. Pero es en el documento elaborado en su desarrollo por el Ministerio de Trabajo y presentado a los interlocutores sociales en septiembre de 2007 donde se concretan con mayor detalle los cambios que afectarán tanto a la relación laboral especial regulada por el RD 1424/1985, como a la protección en el sistema de Seguridad Social hasta ahora regulada por el D. 2346/1969.

Al respecto hay que destacar que no se pretende una desaparición radical e instantánea del régimen especial. Se trata, por el contrario, de un objetivo que ha de lograrse por fases: comenzando por la progresiva elevación del nivel de protección y de cotización en el REEH con el fin de lograr en lo posible su equiparación con el Régimen General como paso previo a la desaparición del Régimen Especial de los Empleados de Hogar y la absorción de su ámbito material de aplicación por el RGSS.

Sin embargo, siguen sin estar claras las técnicas a utilizar para conseguir este propósito. Por el momento, la Ley 51/2007, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 señala en su art. 122 seis que en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, la base y tipo de coti-

¹¹ Sobre la cuestión ampliamente, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma”, Bomarzo, 2006. También puede verse sobre los objetivos que persigue la reforma anunciada el trabajo de MOLINS GARCIA-ATANCE, J., “La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar”, *Información Laboral*, núm. 3, 2008, págs. 2 y ss.

¹² En efecto, el TC no ha apreciado que los regímenes especiales produzcan una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) siempre y cuando se acredite una justificación objetiva y razonable que justifique las particularidades que introduce el correspondiente régimen especial. Entre otras, las STC de 3 de octubre de 1988 (STC 173/1988), la STC de 30 de marzo de 1992 (STC 29/1992), o la SCT de 20 de diciembre de 1993 (STC 377/1993).

¹³ Tal y como indica el art. 1.4 RD 1424/1985 que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar: “El objeto de esta relación laboral especial son los servicios y actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas”.

zación serán, a partir de 1 de enero de 2008, los siguientes: 1. La base de cotización será de 679,50 euros mensuales. 2. El tipo de cotización en este Régimen será el 22,00 por ciento, siendo el 18,30 por ciento a cargo del empleador y el 3,70 por ciento a cargo del trabajador. Cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, será de su exclusivo cargo el pago de la cuota correspondiente.”

NO PARECE MUY
RAZONABLE DEFENDER
HOY EN DÍA QUE EL
SECTOR DE LOS EMPLEADOS
DE HOGAR PRESENTA
MAYORES DIFICULTADES DE
COTIZACIÓN QUE OTROS
COLECTIVOS

En este sentido, conviene indicar que en la propuesta de reforma se plantea la equiparación de los empleados de hogar a la categoría de subalternos, aunque la medida parece tener más trascendencia teórica que práctica. En realidad, la base de cotización prevista para los empleados de hogar en las sucesivas leyes de presupuestos es prácticamente idéntica a la que corresponde al grupo 6 en el RGSS (en concreto, para el año 2008, las bases de cotización respectivas son de 678,90 euros al mes para los subalternos según la Orden TAS/31/2007, y 679,50 para los empleados de hogar según la Ley 51/2007). Por otra parte, y frente a lo que se ha hecho al acordar la inmediata inclusión obligatoria de los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia en el RETA, se propone ahora que el “proceso de convergencia” entre regímenes dure diez años a contar desde la entrada en vigor de la reforma, pues tal es el periodo de tiempo que se juzga necesario para que se produzca un aumento paulatino y gradual del tipo de cotización hasta alcanzar la cuantía establecida para el RGSS sin generar demasiados trastornos.

Por otra parte, a la hora de analizar el contenido concreto de la propuesta de reforma hay que tener en cuenta que se trata de un conjunto de medidas tendientes a actualizar y mejorar la protección que recibe este colectivo que se encuentran todavía en una fase muy embrionaria. No en vano, la reforma del REEH quedó fuera de la reforma del Sistema de Seguridad Social recientemente ordenada por Ley 40/2007 de 4

de diciembre. Parece claro que el legislador no ha considerado la equiparación entre regímenes en lo que afecta al REEH como una cuestión urgente. Y es que habrá que esperar a que el Gobierno decida impulsar la tramitación legislativa que este tipo de modificaciones ya en la XI Legislatura.

III. PROBLEMAS ACTUALES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

Los documentos que hasta ahora han anunciado la reforma del REEH y su final integración en el RGSS no han reparado en la necesidad de delimitar con precisión el colectivo de trabajadores afectados. La cuestión no es menor porque si finalmente se mantiene la actual configuración subjetiva del régimen especial, con ella se mantendrán los variados problemas prácticos suscitados por la ausencia de una delimitación clara y precisa del ámbito subjetivo de este Régimen Especial y la modificación de la cobertura social de los empleados de hogar no sólo heredará los problemas de calificación que siempre han afectado a este régimen especial, sino que se verá afectado por nuevos problemas de delimitación de fronteras entre situaciones afines que pueden derivar en una utilización abusiva del régimen especial y un indebido aprovechamiento de la protección que éste dispensa.

1. Problemas clásicos: trabajos familiares, amistosos, benévolo y de buena vecindad y supuestos de simulación absoluta

Básicamente son dos los problemas principales que plantea la delimitación del ámbito de aplicación del REEH¹⁴. Por una parte, la diferenciación entre el verdadero servicio en el hogar familiar, prestado de forma retribuida, dependiente y por cuenta del cabeza de familia tanto frente a ciertas modalidades de trabajo familiar o cuasi-familiar¹⁵, como frente al trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad. Y, por otra parte, la simulación dirigida a obtener indebidamente prestaciones de la Seguridad Social (supuestos en los que, aprovechándose normalmente de una relación de amistad, se declara haber iniciado y mantenido una

¹⁴ Sobre el ámbito de aplicación del REEH, véase LUJÁN ALCARAZ, J., *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, cit., págs. 35-52.

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La valoración del trabajo en el propio hogar en la ruptura de una pareja de hecho. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003,” *Aranzadi Civil*, n.º. 20, 2003.

relación laboral especial que nunca existió con el fin de que un determinado sujeto pueda beneficiarse fraudulentamente de una cobertura social a cambio de un mínimo esfuerzo económico).

En realidad, sin embargo, no parece que una modificación legislativa pueda contribuir decisivamente a resolver la cuestión. En realidad, poco puede añadir el legislador en orden a diferenciar el trabajo familiar o el trabajo amistoso de la prestación laboral de servicios; y tampoco parece que pueda evitar en la práctica que prosperen situaciones de simulación absoluta un control en el domicilio en el que se realiza el servicio muy difícil desde la perspectiva constitucional. Por tanto, habrá que seguir explorando y aplicando los criterios definidos por la jurisprudencia para resolver este tipo de problemas¹⁶.

Por otra parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha venido a otorgar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico a ciertas relaciones jurídicas antes desconocidas que en el futuro van a suscitar serios problemas de delimitación de fronteras con la relación laboral especial del servicio en el hogar familiar y quizá también en relación con su encuadramiento en Seguridad Social.

2. Nuevos problemas: la diferenciación entre el sujeto que desempeña una relación laboral especial de prestación de servicios en el hogar familiar y el cuidador no profesional del entorno de la persona dependiente

En relación con los cuidadores de las personas dependientes, el Acuerdo de 13 de julio de 2006 anunciaba que se establecerían “bonificaciones y cursos de formación que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar” (sic), fórmula en la que se quiso ver una clara referencia a las situaciones de *dependencia*¹⁷. Posteriormente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia anunció, por una parte, que los cuidadores de las personas dependientes en su

SON LAS MUJERES LAS PRINCIPALES PERJUDICADAS POR UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

entorno familiar deberán “ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente” (art. 18.3); y, por otra, en su disposición adicional cuarta, que “reglamentariamente el

Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los *cuidadores no profesionales* en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización”.

De acuerdo con ello, el RD 615/2007, de 11 de mayo, ha venido a regular la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. Sin embargo, contra lo esperado no ha ordenado su inclusión transitoria en el REEH ni en el RGSS, sino que la inclusión se realiza por medio del convenio especial previsto en el artículo 125.2 TRLGSS y a él deberán acogerse los cuidadores no profesionales para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social, en tanto se perciba la prestación económica regulada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Semejante solución planteará numerosos problemas por la necesidad de diferenciar con claridad los cuidadores profesionales que pueden recibir las personas en situación de dependencia de los denominados *cuidados no profesionales*. Y es que el cuidado de un dependiente puede dar lugar al encuadramiento del sujeto que presta el servicio en el REEH, si tal actividad se realiza de forma “profesional”; o bien, a la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social cuando se trate del cuidado no profesional de la persona en situación de dependencia (y se cumplen los demás requisitos exigidos por la ley para poder concertar este convenio especial).

Contrastando la definición de la relación laboral especial del servicio en el hogar familiar que ofrece el art. 1 RD 1424/1985 con la noción de cuidador no profesional que se puede extraer del art. 2.5 Ley 39/2006 y del

¹⁶ Sobre los criterios de delimitación entre figuras afines véase MARÍN MARÍN, J., y FONTES BASTOS, M. D., *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, Murcia Acoge, Murcia, 2007, págs. 48 y ss.

¹⁷ Aunque, dada su ambigua redacción, se puede afirmar que “no tienen la entidad suficiente, en fin, como para permitir un juicio seguro sobre el devenir en un futuro próximo de este Régimen Especial”, GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M. A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, mayo 2007, pág. 24.

art. 1.2 RD 615/2007 por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, se puede apreciar que en el trabajo del cuidador no profesional falta el elemento retributivo que en cambio es imprescindible para que nazca una relación laboral. Por tanto, “el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que convivan en el domicilio” (art. 1.4 RD 1424/1985) será objeto de una prestación laboral cuando dichos servicios prestados en el hogar familiar sean retribuidos, incluso cuando el sujeto a quien se deba cuidar reúna las condiciones para ser considerado una persona dependiente. Por el contrario, cuando no es la causa retributiva la que inspira la prestación de servicios podrá apreciarse que el sujeto que lo presta cumple los requisitos para poder ser considerado un “cuidador no profesional”¹⁸.

Es por tanto el carácter altruista o no retributivo de los cuidados prestados y no el tipo de actividad (que puede ser idéntica) lo que determina la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes y que generará o no la obligación de encuadramiento en el REEH. Bien entendido que aunque la relación jurídica que se establece entre el cuidador no profesional y la persona dependiente genera derechos y obligaciones para ambas partes (por ejemplo el encuadramiento en la Seguridad Social del cuidador ex art. 2 RD 615/2007), la misma deberá estar ayuna de los elementos constitutivos de la relación laboral (art. 1.1 ET; art. 1.2 RD 1424/1985), pues de no ser así, habrá que afirmar la existencia de una verdadera relación laboral especial y postular el encuadramiento en el REEH.

Obviamente, un planteamiento de este tipo abre una importante vía a la simulación contractual. Y es que desde el momento en que la Ley de Dependencia permite el cuidado no profesional de “personas del entorno del dependiente” con las que no existe relación familiar de ninguna clase, se abren las puertas a un fraude de muy difícil o imposible control. Las sospechas se fundan en que, si no media relación familiar, la motivación altruista por sí sola o la posibilidad de acceder a la protección del RGSS sin coste ninguno no parecen motivaciones suficientes para que un sujeto decida hacerse cargo del cuidado de una persona en situación de dependencia (aunque es verdad que nada impide que reciba el cuidador no profesional una compensación, económica incluso, por las molestias que le ha suscitado el cuidado del dependiente; pero entonces habrá que diferenciar muy bien entre tales compensaciones y la retribución del trabajo).

IV. PRINCIPALES MODIFICACIONES ANUNCIADAS

Curiosamente, y a pesar de que su objeto giraba exclusivamente sobre “materia de Seguridad Social”, el Acuerdo de 13 de julio de 2006 comienza la enumeración de las propuestas de reforma del REEH haciendo referencia a la necesidad de una modificación de la relación laboral especial de los empleados de hogar para adecuarla “a la realidad actual”. De este modo los interlocutores sociales venían a reconocer tácitamente que el proceso de equiparación de la protección social de los empleados de hogar ha de partir necesariamente de una simultánea modernización del régimen laboral y de una ampliación de los derechos de los empleados de hogar más conforme con los grandes cambios sufridos por la relación laboral común desde 1985¹⁹.

En este sentido, el borrador de reforma presentado por el Gobierno en septiembre de 2007, siguiendo las principales modificaciones que proponían los sindicatos plantea, entre otras medidas de reforma, la exigencia de la formalización escrita, la introducción de una presunción según la cual el contrato se celebra por tiempo indefinido, la desaparición de la posibilidad de despedir al empleado de hogar por la simple voluntad del empleador, la elevación de la indemnización en estos casos, pasando de los actuales siete días por año trabajado, hasta los veinte o los cuarenta y cinco días que recibe cualquier otro trabajador según corresponda, la reducción de las retribuciones en especie o la equiparación del descanso diario entre jornadas y semanal al que con carácter general contemplan los arts. 34.3 y 37.1 ET.

En todo caso, las novedades sobre la que concentra la atención el Acuerdo son, obviamente, las propias de Seguridad Social.

1. Prestaciones

A pesar de que en el Acuerdo de Reforma de 2006 se establece en términos muy generales que se aspira a “la convergencia de prestaciones con el Régimen General”, únicamente se hace especial hincapié en que la reforma futura habrá de estar orientada a “ofrecer cobertura a las contingencias profesionales” y a adelantar “la fecha de inicio de la prestación de incapacidad temporal”. Ante estas escuetas referencias, es el borrador de reforma presentado por el Gobierno en sep-

¹⁸ Por todos, MARÍN MARÍN, J., y FONTES BASTOS, M. D., *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, cit., págs. 52-53.

¹⁹ Las particularidades de la relación laboral especial de los empleados de hogar las ha analizado recientemente CUEVA PUENTE, C., “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, *Lex Nova*, 2005.

tiembre de 2007 el que se ha encargado de proponer las principales líneas de actuación que podrá seguir el legislador para conseguir los objetivos pretendidos.

A) Incapacidad laboral

En la actualidad, y según resulta del art. 30 D. 2346/1969, sea cual sea la causa que la motive, *“la prestación económica por incapacidad laboral transitoria se otorgará en los supuestos, durante el tiempo, y con los requisitos que la regulan en el RGSS”* (como es obvio, tal referencia debe entenderse sustituida por la de “incapacidad laboral temporal” regulada en los arts. 128-132 LGSS). *“No obstante, esta prestación económica se comenzará a percibir desde el vigésimo noveno día, contado a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente.”*

Así pues, la única diferencia en el percibo de la prestación por incapacidad temporal radica en el día inicial de su percepción toda vez que mientras que un trabajador encuadrado en el RGSS comienza a percibir la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes a partir del cuarto día desde la fecha del hecho causante (prestación que desde el día decimosexto corre a cargo de la Seguridad Social), un empleado de hogar no recibirá ningún tipo de cobertura hasta el día vigésimo noveno. Posiblemente se trata de una medida en su momento destinada a evitar situaciones de fraude a la Seguridad Social y, al mismo tiempo, a liberar de cargas económicas a la economía familiar (que no corre en ningún momento con la prestación de IT como sí lo hacen el resto de empleadores entre los días cuarto y décimo quinto de la baja por contingencias comunes). Sin embargo, en la actualidad semejante solución puede ser un motivo de desigualdad de trato insuficientemente justificada y, por ello, la proyectada reforma se propone eliminarla. Ahora bien, no se ha planteado en ningún momento la posibilidad de incluir la obligación del empleador de hacer frente a la prestación por IT entre los días cuarto y décimo quinto, lo cual gravaría en exceso a las economías familiares, sino justamente que lo que se pretende es que el empleado de hogar acceda a las prestaciones de la Seguridad Social a partir del día decimosexto de baja como lo hacen el resto de trabajadores por cuenta ajena.

B) Contingencias profesionales

Una de las singularidades más acusadas del Régimen Especial analizado consiste en que el mismo no

distingue entre riesgos profesionales y riesgos comunes. Conforme al 22.3 D.2346/1969, “las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral”. Por tanto, el accidente de trabajo queda subsumido en el concepto de accidente no laboral, “recibiendo las prestaciones derivadas de esta contingencia el mismo tratamiento que en el Régimen General se dispensa a las derivadas de accidente no laboral”²⁰. En cambio, el citado Decreto omite toda referencia a la enfermedad profesional (cfr. art. 116 LGSS), aunque por su analogía conceptual con el accidente de trabajo, habrá que concluir que tampoco las enfermedades profesionales están reconocidas en el REEH. Y lo mismo vale para las llamadas enfermedades de trabajo; si bien, cuando “una enfermedad sea definible por su conexión con la realización del trabajo del empleado de hogar, habrá que considerar la misma en este Régimen Especial como derivada de accidente, a los efectos de determinar el alcance de la cobertura de la prestación correspondiente”²¹.

Es la descrita una especialidad del régimen especial que STC 268/1993, de 20 septiembre, vino a considerar justificable en razón, entre otros argumentos, a la “incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar”.

En resumen, al menos por el momento, los empleados de hogar tienen derecho al mismo tipo de protección y se les exigen los mismos requisitos para el acceso a las prestaciones independientemente de si la contingencia que les afecta deriva de contingencias comunes o profesionales. Curiosamente se cumple así en este régimen especial el antiguo postulado de la consideración conjunta de las contingencias. Sin embargo, como de ello sólo resulta para el empleado de hogar una rebaja de su estándar de protección, y parece poco discutible que el trabajo realizado en el domicilio está sujeto también a sus propios riesgos profesionales (un ejemplo claro de ello lo ofrecen los fenómenos de teletrabajo), parecería muy oportuno reconocerles una protección específica. Y así se anuncia en la reforma planteada como un paso esencial en la equiparación del REEH con el RGSS.

Adviértase en este sentido que precisamente con la finalidad de preparar el camino hacia una futura reforma de esta índole, la Ley 51/2007, de 26 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (como ya hiciera anteriormente la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007) incluye entre

²⁰ YANINI BAEZA, J., “REEH”, en GARCIA NINET, I. (Dir), *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, CISS, Valencia, 1998, pág. 167.

²¹ YANINI BAEZA, J., “REEH”, cit., pág. 168.

las distintas “Tarifas para la cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” las “*actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico*” (disposición final decimocuarta de la Ley 51/2007, Cuadro I).

Ahora bien, aunque finalmente prosperen estas medidas de reforma, en ningún caso la protección por accidente de trabajo o enfermedad profesional del empleado de hogar podrá ser igual a la que disfrutan el resto de trabajadores. Entre otras razones porque al desempeñarse la prestación de servicios dentro del hogar familiar, y aunque el empleador está sujeto, como es lógico, a la normativa vigente en materia de Prevención de Riesgos Laborales, la inviolabilidad del domicilio hace que el control de su correcta aplicación sea muy difícil.

C) Desempleo

Otra de las llamativas peculiaridades que presenta el cuadro de contingencias protegidas en el REEH es inexistencia de la de desempleo²². Se trata en este caso de una exclusión explicable en el momento de la aprobación en 1969 del D.2346/1969 toda vez que a la sazón los empleados de hogar no eran sujetos de una relación laboral, pero que desde 1985 carece de toda justificación.

Pese a ello, y a pesar también de tratarse de una reivindicación sindical, la reforma normativa que plantea el Ministerio de Trabajo se limita a señalar genéricamente la posibilidad de ofrecer protección por esta contingencia, pero deja su regulación concreta para el futuro al señalar que “la cuestión del desempleo debe ser objeto de un segundo documento elaborado junto a la Secretaría General de Empleo”.

Todo parece indicar, pues, que este tipo de actuaciones van a situarse en el último lugar en el orden de preferencias del legislador. Sobre todo porque antes de abrir a los empleados de hogar el acceso a la protección por desempleo querrá asegurarse de que

EN EL TRABAJO DEL
CUIDADOR NO
PROFESIONAL FALTA EL
ELEMENTO RETRIBUTIVO
QUE, EN CAMBIO, ES
IMPRESINDIBLE PARA QUE
NAZCA UNA RELACIÓN
LABORAL

se disponen de los necesarios instrumentos de control que eviten el disfrute indebido de la prestación por desempleo mientras se continúan prestando servicios domésticos no declarados (pues la labor de la Inspección de Trabajo se ve limitada por la inviolabilidad del domicilio, en el que no podrán entrar sin consentimiento de su titular o autorización judicial).

2. Cotizaciones

En orden a garantizar el necesario sostenimiento del sistema de Seguridad Social, el Acuerdo de 13 de julio de 2006 prevé que la mejora de la protección social de los empleados de hogar se vea acompañada de un imprescindible aumento de cotización. Esto es, según el propio Acuerdo, “la convergencia de prestaciones con el Régimen General” exige la adopción “medidas que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos regímenes”.

Obviamente, ello significa que deberá incrementarse la cotización en el REEH, cuya menor cuantía solo se ha justificado hasta ahora precisamente por su menor nivel de protección. En este sentido, el borrador de reforma recientemente presentado por el Ministerio de Trabajo en septiembre de 2007 plantea varias medidas.

En primer lugar, y respecto de la cuantía, anuncia la elevación progresiva del nivel de cotización tanto del empleador como del trabajador con el fin de obtener una cobertura similar a la que dispensa hoy en día el RGSS a los trabajadores por cuenta ajena. Y ello entendido como proceso previo y transitorio que culmine en la absorción definitiva del REEH por el RGSS. De esta forma, el empleador experimentará cada año un incremento de un 0,5% de su cotización, salvo el décimo año, en la que la subida será de un 0,7%. Simultáneamente, el empleado de hogar verá incrementada su carga de cotización tan sólo un 0,1% cada año (lo que, el primer año, supondría aproximadamente unos diez euros más al mes de cotización repartidos entre ambos sujetos).

En segundo término, y en relación con la dinámica de la cotización, se postula la corrección del conocido modelo que distingue entre empleados de hogar a tiempo parcial o discontinuo y empleados de hogar que prestan sus servicios de manera exclusiva y permanente. Como es sabido, la regla general que resulta de este modelo es que el sujeto responsable de la obligación de cotizar es el propio empleado de hogar

²² Como es sabido, los créditos de los empleados de hogar frente a sus empleadores tampoco gozan de la protección del Fondo de Garantía Salarial (Disposición Adicional RDSHG y Anexo Directiva 80/987/CEE).

salvo “cuando (...) preste sus servicios para un solo empleador y la duración de los mismos sea superior a la mitad de la jornada habitual” (art. 46 RGCL)²³.

Concreción de esta regla es el art. 122.seis LPGE 2008. Conforme al mismo, la cotización en el Régimen Especial de Empleados de Hogar se determina aplicando a la base de 679,50 euros mensuales un tipo de cotización fijado en el el 22,00 por ciento, “siendo el 18,30 por ciento a cargo del empleador y el 3,70 por ciento a cargo del trabajador”. Ahora bien, “cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, será de su exclusivo cargo el pago de la cuota correspondiente.”

La propuesta de reforma, sin embargo, postula la superación de este modelo y apuesta por la cotización compartida entre trabajador y empresario independien-

temente de la duración de la prestación laboral y del número de horas que éste le dedique. Y es que parece que el espíritu de simplificación del sistema de Seguridad Social que justifica la pretendida reforma ha encontrado en estas peculiaridades en materia de cotización que por el momento mantiene este régimen especial, más que una ventaja ideada para incentivar los servicios domésticos, la principal causa motivadora de la desprotección que por el momento afecta al empleado de hogar²⁴.

La tercera medida de reforma anunciada en relación con la cotización se refiere a la cotización por el salario real que verdaderamente perciba el trabajador y que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo que para esta categoría profesional cada año fijen los Presupuestos Generales del Estado. Y es que, como es sabido, una de las peculiaridades más llamativas del REEH es, en efecto, que la cotización se realiza siem-

²³ Como excepción estas reglas se señala el viejo criterio de la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 noviembre 1971 según el cual no se realizan servicios con habitualidad ni profesionalidad y, por tanto, se está fuera del ámbito de aplicación del D. 2346/1969, cuando no se trabaja un mínimo de “setenta y dos horas al mes que han de ser efectuadas, al menos, durante doce días consecutivos”. Por tanto, este empleado de hogar (mientras que no realice otra actividad productiva al margen del servicio doméstico) estará excluido no sólo del ámbito de aplicación del REEH, sino también de cualquier otro. Tan original solución fue revalidada en el ámbito administrativo por Resolución de 25 noviembre 1986 e incluso fue respaldada, entre otras, por SSTCT 23 octubre 1984, 7 enero, 19 mayo y 10 junio 1987 (RTCT 1987, 93, 10437 y 12888), así como por STSJ Cataluña 23 diciembre 1992 (AS 1992, 6408). Sin embargo, y como se anticipó en otro lugar (LUJÁN ALCARAZ, El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar, cit., págs. 43-44), “la validez de una solución de este tipo resulta más que dudosa. En primer lugar, porque el art. 2.1. a) (D. 2346/1969) en absoluto dice lo que la Resolución quiere leer en él, sino, como se desprende de su tenor literal, que los trabajadores incluidos en el REEH son únicamente los que se prestan servicios domésticos y sólo domésticos para uno o varios empleadores. Que esto es así se confirma una vez que el art.2.1 d) (RD 1424/1985) niega la condición de empleado de hogar sujeto de una relación laboral especial a quien, además de prestar servicios domésticos, debe realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador.” Y, en segundo lugar, porque tan arriesgada interpretación difícilmente podía resultar de una mera resolución administrativa. En esta segunda dirección, la STSJ Comunidad Valenciana de 17 junio 1992 (AS 1992, 2931) rechazó la exigibilidad del requisito en cuestión al advertir que una “norma jerárquicamente inferior, cual es la resolución, no puede excluir o limitar un derecho reconocido en la norma superior, cual es el de ser encuadrada y afiliada en el meritado régimen especial, sin que pueda aceptarse tampoco (que se trata de una) interpretación auténtica, pues una cosa es interpretar y otra muy distinta modificar la norma que se dice interpretada, máxime cuando tal resolución ni siquiera es una norma publicada, cual exige el art. 9.3 de la Constitución Española, sino tan sólo una norma interna.” Abundando en esta argumentación, todavía debería notarse que la exclusión de ciertos trabajadores del sistema de Seguridad Social en atención al carácter marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida de su trabajo es una posibilidad reservada por el art. 7.6 LGSS (y antes por el art. 7.5 LGSS-74) al “Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente.”

²⁴ Se calcula que en un elevado número de ocasiones el perjuicio al trabajador se ocasiona no incurriendo en un trabajo negro no declarado, sino fingiendo que se realiza una jornada de trabajo semanal inferior a la real con el fin de evitar al cabeza de familia tener que hacer frente al deber de cotización que adquiere en el momento en que contrata la prestación de servicios en el hogar familiar por una duración superior a la mitad de la jornada habitual. Si el promedio de afiliados a la Seguridad Social en el REEH se sitúa en 280.000 personas, según las estadísticas facilitadas por las asociaciones de empleados de hogar, el número de hogares con un trabajador doméstico superaba en 2006 los 700.000 (El País, 21/05/2007), por lo que cabe intuir que en gran parte de estas ocasiones o no se ha declarado de ninguna forma que se ha concertado este tipo de relación laboral especial, o bien se declara una jornada de trabajo inferior a la real con el fin de no generar el deber de alta ni de cotización ni para el trabajador ni para el cabeza de familia.

pre por la misma cantidad en función de la base de cotización mínima y de los tipos predeterminados cada año en los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, parece obvio que la equiparación entre el REEH y el RGSS exige que la cotización venga referida a la retribución verdaderamente percibida por el empleado de hogar (incluyendo el importe de las retribuciones en especie que se le hayan concedido)²⁵. Sólo así se podrá mantener estrictamente el principio de contributividad y avanzar hacia la proyectada “convergencia entre regímenes”.

Sin perjuicio de su carácter general, en relación con estas medidas el borrador de la reforma anuncia otro tipo de medidas muy necesarias para la viabilidad de las novedades que se anuncian en cotización. Sobre todo las que se refieren a las exigencias formales con que han de revestirse los actos. Es obvio, por ejemplo, que difícilmente se podrá comprobar que los contratantes cumplen su deber de cotización si no se exige que el contrato de servicio doméstico se formalice por escrito y se deposite una copia en los servicios públicos de empleo. Ahora bien, incluso aunque se incorporen al texto de la norma unas exigencias formales rigurosas, similares por ejemplo a las previstas para el trabajo a domicilio (Cfr. art. 13 ET), no se puede negar que estas garantías resultan insuficientes. Los instrumentos de control existentes por el momento en nuestro sistema no son suficientes ni efectivos para adaptarse a las peculiaridades del trabajo que se presta en el seno de un hogar familiar, y sobre este extremo no se ha pronunciado ni el Acuerdo de 13 de julio de 2006 ni el borrador de reforma del REEH presentado en septiembre de 2007.

V. DUDAS SOBRE LA EFECTIVA MATERIALIZACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Existen al menos dos grandes obstáculos que pueden dificultar tanto que las medidas de reforma del REEH propuestas lleguen a materializarse en una modificación normativa, como, sobre todo, y en su caso, que una vez aprobadas lleguen a tener virtualidad práctica.

Entre los motivos que hacen dudar de la viabilidad de estas propuestas (por lo menos a corto y medio plazo) y que obligan plantearlas bajo la fórmula de una

LA MAYOR PARTE
DE LOS MECANISMOS DE
CONTROL EXISTENTES EN
NUESTRO ORDENAMIENTO
JURÍDICO CHOCAN
DE PLENO CON
LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES
A LA “INTIMIDAD PERSONAL
Y FAMILIAR”

hipótesis, destacan dos. En primer lugar, las incertidumbres que genera todo cambio de legislatura. En realidad, la reforma del REEH perdió su gran oportunidad al quedar excluida del conjunto de medidas que en cumplimiento del Acuerdo de 2006 fueron aprobadas a lo largo de 2007. En cambio, el proceso de tramitación de la reforma normativa necesaria

ria para actualizar el REEH se ha visto interrumpido por la disolución de las Cortes Generales y el cambio de Gobierno, de modo que la anunciada modificación de la relación laboral especial de los empleados de hogar y del REEH tendrán necesariamente que retrasarse más de lo previsto.

El segundo motivo de duda se refiere a las dificultades para el control del cumplimiento de las normas en el ámbito del trabajo al servicio del hogar familiar. Ni en el Acuerdo de julio 2006, ni en el borrador de reforma presentado por el Ministerio de Trabajo en septiembre de 2007 se advierte que la facilidad de fraude que caracteriza a este sector de actividad puede mermar muy seriamente la eficacia de cualquier reforma que en un futuro pueda aprobarse. Aunque se consiga instaurar un modelo igualmente protector para los empleados de hogar que para cualquier otro tipo de trabajador por cuenta ajena, aquellos pueden quedar (o seguir) en la más absoluta desprotección si no se articulan instrumentos efectivos de control. Y es que por el momento la mayor parte de los mecanismos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del hogar familiar, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la “intimidad personal y familiar” (art. 18.1 CE) y a la “inviolabilidad del domicilio” (art. 18.2 CE). No se olvide que la Inspección de Trabajo no tiene competencias en el interior del domicilio (aunque en sentido estricto, dicho domicilio pueda actuar también —al menos en lo que respecta al servicio doméstico— como <<centro de trabajo>>), salvo en el hipotético caso de que la entrada

²⁵ Al mismo tiempo que se pretende modificar el D. 2346/1969 en este punto, se propone también modificar el RD 1424/1985 que permite a los empleados de hogar percibir hasta el 45% de su retribución en especie (y no hasta el 30% a que el art. 26.1 ET limita el valor máximo de las retribuciones en especie que pueden percibir los demás trabajadores por cuenta ajena)

se produjese previo consentimiento del titular de la vivienda o por orden judicial²⁶.

La consecuencia más negativa que lleva aparejada la dificultad del control de este tipo de servicios es fácilmente previsible: la proliferación de variadas situaciones de fraude que contribuyen a acentuar la economía sumergida²⁷. En unos casos se aprovecha la intimidad del domicilio familiar para llevar a cabo una colaboración retribuida mientras se percibe indebidamente la prestación por desempleo por la extinción de una relación laboral anterior; en otros para utilizar los servicios de trabajadores extranjeros en situación irregular (posiblemente la mayor forma de fraude en el sector del trabajo doméstico); y en otros simplemente no se declara el inicio de este tipo de relación jurídica sólo con el fin de evitar el alta en la Seguridad Social (tanto en los casos en los que la cotización corresponde exclusivamente al empleado doméstico, como en los casos en que se genera una obligación conjunta).

En este sentido, la actual desprotección que sufren los empleados de hogar solo en parte puede achacarse al injustificado mantenimiento de un sistema de cobertura de los riesgos sociales que ha perdido ya su razón de ser. También debe, y mucho, a las dificultades de control sobre el cumplimiento de las normas y, por tanto, a la imposibilidad para garantizar que cualquier tipo de cobertura social sea efectiva.

VI. CONCLUSIONES

La desaparición del REEH es la crónica de una muerte hace mucho tiempo anunciada. Ni los postulados de racionalización y simplificación, ni el modelo estructural del sistema de Seguridad Social que resulta de las Recomendaciones 3ª y 6ª del Pacto de Toledo toleran el mantenimiento por más tiempo de un régimen especial que si alguna vez estuvo justificado, hoy ya no lo está.

Ahora bien, si la anterior conclusión puede compararse pacíficamente, las concretas medidas a través de las cuales alcanzar la pretendida equiparación del REEH con el RGSS y su final integración en éste parecen más discutibles.

Tras anunciar tanto que “se procederá al estudio de la regulación de la relación laboral de carácter especial (de los empleados de hogar), a fin de proponer en su caso, su adecuación a la realidad actual”, como que “con el objetivo de convergencia de prestaciones con el Régimen General (especialmente, en la cobertura de contingencias profesionales y de la fecha de inicio del percibo de la prestación de IT) se analizará el establecimiento de medidas de aplicación paulatina que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos regímenes, en el horizonte de que el Régimen de Empleados de Hogar confluya en el Régimen General, cuando la identidad de tipos de cotización sea plena”, el *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social* de 13 de julio de 2006 advierte también que “*en paralelo*, se establecerán bonificaciones y cursos de formación que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar”.

La reforma, en definitiva, se proyecta, sobre un triple escenario: a) relación laboral especial, b) seguridad social, y c) fomento del empleo (bonificaciones) y formación. En particular, en Seguridad Social el objetivo es la progresiva adaptación y acercamiento del REEH al RGSS; descartándose la absorción automática como se ha hecho con los trabajadores agrarios por cuenta propia y próximamente se va a realizar con los trabajadores agrarios por cuenta ajena.

En todo caso, la mejora de la protección social del empleado de hogar resultado de la postulada convergencia de prestaciones implicará un aumento de cotización tanto para el empleador como para el trabajador que, posiblemente, dificulte el éxito de la reforma. Por ello deberían plantearse otro tipo de medidas complementarias dirigidas tanto a la regularización de las relaciones labo-

²⁶ *Acerca del valor del consentimiento del titular de la vivienda familiar, véase la STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 9 de noviembre de 2001 (RJCA 2002/172), en la que claramente se indica que “no resulta precisa la autorización judicial para entrar a un domicilio (...) si la declaración fue prestada por el interesado de forma voluntaria y sin coacción alguna, y sin que hubiese manifestado en ningún momento su oposición a la entrada en su domicilio privado”, de tal forma, el acta así levantada no estará afectada de vicio de nulidad. Por otra parte, la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 1999 (JUR 1999/111482) considera perfectamente justificada la negativa a franquear la entrada a un Controlador Laboral a un domicilio particular en el que se creía que existía un taller clandestino de costura.*

²⁷ *Según las estadísticas elaboradas por las Asociaciones de Empleados de Hogar, se calcula que la “economía sumergida” alcanza al 70% del sector (El País, 21/05/2007).*

rales “de hecho” que por ahora escapan fraudulentamente del ámbito protector de la Seguridad Social, como a la prevención de este tipo de situaciones.

En este sentido, la *reducción de impuestos* parece una medida muy eficaz que no se ha tenido en cuenta, posiblemente por el coste indirecto que puede generar al Estado. Adviértase que en la medida en que el servicio doméstico puede ayudar a compatibilizar la vida familiar con la laboral (y de esta manera, cumplir los objetivos marcados por la reciente Ley de Igualdad), un tratamiento fiscal adecuado de las cantidades aplicadas al gasto en servicio doméstico estaría muy jus-

LA REFORMA SE PROYECTA
SOBRE UN TRIPLE
ESCENARIO:
A) RELACIÓN LABORAL
ESPECIAL,
B) SEGURIDAD SOCIAL, Y
C) FOMENTO DEL EMPLEO Y
FORMACIÓN

tificado y, además, facilitaría que aflorasen situaciones actuales de fraude.

Al mismo tiempo, es necesario completar cualquier reforma en este ámbito con campañas de *concienciación y educación social*. En este sentido parece haber dos formas principales de incentivar el alta en Seguridad Social de los empleados de hogar. Por una parte, la información sobre los riesgos que implica recurrir a los servicios de un empleado de hogar sin hacer frente al mismo tiempo a las obligaciones que ello implica. Y es que en muchos casos la falta de información de las sanciones que pueden recaer sobre el cabeza de familia por incurrir en infracciones de esta índole facilita también fraude²⁸. Y, por otra parte, la concienciación del propio empleado de hogar sobre las ventajas que le reporta estar dado de alta. Y es que sólo si comprende y valora la desprotección social en que le coloca la falta de alta y cotización, asumirá este deber (en los casos en los que le corresponde asumirlo a él exclusivamente) o presionará, cuando corresponda, para que lo haga su empleador en los supuestos en que éste se encuentre obligado. ●

²⁸ Esta conducta se calificaría como infracción grave, subsumible dentro del supuesto de hecho del art. 22.2 LISOS: “no solicitar en tiempo y forma, la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio (...), y por lo tanto, tal y como indica el art. 40.1 LISOS, la sanción que corresponde por una infracción grave será de “multa, en su grado mínimo de 626 euros a 1.250 euros; en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.” Tampoco existen problemas a la hora de apreciar que el cabeza de familia sea sujeto infractor, pues el art. 2 LISOS determina que serán “**sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley (...)**”

EL RÉGIMEN ESPECIAL MINERO. SITUACIÓN ACTUAL Y PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL

M^a de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO

Catedrática E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

121

1. Las nefastas consecuencias derivadas de la fragmentación del sistema como punto de partida

La estructura del sistema español de Seguridad Social hace ya más de dos décadas que era calificada de "discriminatoria, excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad socioeconómica actual, confusa y de complicada gestión"¹, motivando que las reacciones en favor de una racionalización y mejor sistematización estructural, que pasa necesariamente por un acortamiento del número de Regímenes Especiales haya venido trascendiendo más allá de la doctrina para implicar a partidos políticos, interlocutores sociales y grupos afectados. De este modo, y desde la década de los ochenta, aparece como una constante común a todos los documentos de análisis, estudios de prospectiva y programas de reformas gubernamentales en materia de Seguridad Social, la referencia al problema

de su deficiente estructura, a tal punto que en todos los "Libros" de la variada gama de tonalidades aparecidos en la expresada etapa con relación a la Seguridad Social² y en los más recientes fruto del Pacto de Toledo y de la concertación social, el tema de la estructura del sistema es objeto de una obligada consideración crítica y una propuesta de modificación, más o menos concreta, al considerar que la pervivencia de Regímenes Especiales no sólo es una situación excepcional, justificable exclusivamente por razones de índole estrictamente técnica sino que, además, tal excepcionalidad no debe considerarse como algo definitivo sino que debe ser sometida a un proceso continuo de homogeneización que tienda a hacerla desaparecer. Los Regímenes Especiales no sólo son excepcionales, sino también transitorios, siendo el destino final de la mayoría de ellos, en la medida en que las condiciones técnicas lo permitan, su disolución en el Régimen General que, a estos efectos, funciona como centro de atracción y modelo³.

¹ DESDENTADO BONETE, A., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B., y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986, págs. 147-148.

² TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes de Libros y de Futbolistas", RSS, núm. 3, 1986, págs. 62-65.

³ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., renovada, Madrid (Tecnos), 1991, págs. 79 y 83, quienes consideran que los Regímenes Especiales no obedecen, en la mayoría de los casos, a razones de carácter estrictamente técnico que justifiquen,

La existencia de Regímenes Especiales de protección social –sistemáticamente denunciados⁴– trae aparejada una grave falta de equidad en la estructura de la Seguridad Social, no sólo derivada de su número sino, y principalmente, de su diversidad en cuanto a acción protectora y financiación, dificultando al tiempo la coordinación con los restantes. Ante esta tesitura resulta ineludible plantear la posibilidad de una integración futura del Régimen Especial Minero en el seno del Régimen General de la Seguridad Social⁵.

2. Justificación histórica del Régimen Especial de la Minería del Carbón

En la mayoría de los países productores de carbón los trabajadores de las minas están mejor protegidos frente a las consecuencias materiales de la vejez, invalidez y muerte que los demás trabajadores. Esta

LOS RÉGIMENES
ESPECIALES NO SÓLO SON
EXCEPCIONALES, SINO
TAMBIÉN TRANSITORIOS,
SIENDO EL DESTINO FINAL
DE LA MAYORÍA DE ELLOS SU
DISOLUCIÓN EN EL RÉGIMEN
GENERAL

superprotección, que adopta diferentes modalidades en el ámbito del Derecho Comparado (bien a través del mantenimiento de Regímenes Especiales obligatorios para proteger a los mineros, concediendo prestaciones con arreglo a tipos y condiciones más liberales que

los obtenidos en los Regímenes Generales⁶; aboliendo los Regímenes Especiales obligatorios para los mineros e incluyendo a éstos dentro de los Regímenes Generales, en los cuales obtienen el derecho a un trato preferente todas las personas ocupadas en cualquier género de trabajo clasificado como pesado o muy

desde el punto de vista de la Seguridad Social, su existencia. Salvo el de estudiantes (por la peculiaridad del colectivo: no se trata de personas que desarrollen una actividad profesional o laboral, a diferencia del resto de los sujetos comprendidos en el campo de aplicación del sistema) y el de trabajadores autónomos (colectivo poco homogeneizable, con problemas económicos peculiares como el de la dificultad de la determinación de las rentas a los efectos de la cotización y con situaciones de necesidad en algún caso diferenciables), el resto de los Regímenes Especiales podría integrarse sin excesivos problemas bien en el Régimen General (funcionarios, minería del carbón, trabajadores por cuenta ajena del campo y del mar, empleados de hogar) o, en su caso, en el propio Régimen Especial de trabajadores autónomos (trabajadores autónomos del campo o del mar, socios trabajadores de cooperativas de producción).

⁴ Una valoración crítica del papel desempeñado por los Regímenes Especiales en el sistema español de Seguridad Social, en la que se sintetizan las distintas posiciones doctrinales, puede hallarse en GONZALO GONZÁLEZ, B. et, al.: *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma*, cit., págs. 139 y ss. Algún sector doctrinal ha sido especialmente crítico al considerar que la proliferación de los Regímenes Especiales supone una negación de los principios básicos de toda Seguridad Social moderna (unidad de gestión, solidaridad colectiva global, igualdad de trato), dando origen a una compleja y muchas veces irracional trama organizativa, multiplicando las especialidades, generando una excesiva burocracia y propiciando supuestos de desprotección, infraprotección y superprotección; dificultando una gestión unitaria y coordinada de los recursos económicos así como el control de la aplicación de los mismos; favoreciendo el escapismo de algunos grupos profesionales que tienden a evadirse del sistema buscando la conservación o la obtención de determinados privilegios, frenando la aplicación de técnicas unitarias de protección absolutamente necesarias respecto de determinadas prestaciones y obstaculizando, en fin, la expansión global del sistema, merced a los rígidos criterios profesionales en que se sustenta. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 83.

⁵ Unas primeras reflexiones sobre el tema en GALA VALLEJO, C.: *Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón*, Madrid (MTSS), 1987; YANINI BAEZA, J.: "Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la minería del carbón", TS, núm. 58, 1995, págs. 15 y ss. o, por extenso, MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León (Universidad), 1997, págs. 70 y ss.

⁶ Es el caso, entre otros, de Austria, Bélgica (Fondo Nacional de Jubilación de los Obreros de la Minería), Francia (Caja Autónoma de Seguridad Social en las Minas y sus Dependencias -Uniones Regionales de las Sociedades de Socorros Mineros, Sociedades de Socorros Mineros, incluida también la medicina de las minas de Charbonnages de France-) Alemania (a través de la Caja Federal de la Minería), Italia (Gestión de la Previsión de Dependientes de Empresas de Minas, Canteras y Turberas), Reino Unido (con un régimen especial de desempleo de la minería) o España. Datos tomados del Documento "Las unidades de observación del Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEPROS)", (trad. BARRADA, A.): *Economía y Sociología del Trabajo*, n° 3, 1989, págs. 174 y ss.

pesado⁷; o, por último, formando parte del sistema general de Seguridad Social, garantizándoles además el derecho a las prestaciones adicionales o más elevadas de un régimen complementario⁸) podría atribuirse, en parte, a la tradición de una protección especial frente a los riesgos sociales, que aumenta con el desarrollo de regímenes de asistencia mutua voluntaria en respuesta a un sentimiento de solidaridad particularmente vigoroso en la industria hullaera.

Desde un planteamiento histórico procede recordar cómo los mineros del carbón figuraron entre los primeros trabajadores industriales que fundaron sociedades de socorro⁹ en los casos de necesidad provocada por enfermedad, accidente, invalidez o muerte, lo cual no tiene nada de sorprendente si se tiene en cuenta que siempre han vivido cerca de su lugar de trabajo, en colectividades muy unidas que han conocido constantemente el infortunio de la incapacidad y muerte prematuras causadas por un trabajo peligroso e insalubre y por las catástrofes producidas en las minas.

Estos incipientes seguros surgieron normalmente años antes de que los trabajadores de otras profesiones menos penosas fuesen dotados de una protección equiparable con carácter obligatorio. Una vez realizada la ampliación personal de la protección, generalmente en condiciones menos favorables para los nuevos beneficiarios, resultaba difícil suprimir las ventajas que las categorías profesionales protegidas anteriormente consideraban adquiridas, en situación que sirvió frecuentemente para justificar el mantenimiento de regímenes preferenciales convertidos en especiales.

El origen histórico concreto de los Regímenes Especiales no puede constituir en la actualidad, sin embargo, la única explicación satisfactoria para justificar la conservación del pluralismo, pues mientras existen países en los que la ampliación del campo de aplicación profesional de la Seguridad Social y la unificación no consiguió erradicar el mantenimiento de los Regí-

LA EXISTENCIA DE RÉGIMENES ESPECIALES DE PROTECCIÓN SOCIAL TRAE APAREJADA UNA GRAVE FALTA DE EQUIDAD EN LA ESTRUCTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

menes Especiales y la creación de otros nuevos, el fenómeno contrario acaeció en otros, en los que se produjo su adaptación, integración o supresión en las sucesivas ampliaciones protectoras o reformas legislativas.

Además de las motivaciones históricas, cabe preguntarse, pues, si existen otros elementos objetivos que justifiquen al día de hoy el mantenimiento de Regímenes particulares basados en una protección preferencial o diferenciada de ciertas categorías de población. A este respecto podría considerarse que la vida profesional de un minero de la industria del carbón no se ajusta al modelo corriente de las demás profesiones y, por consiguiente, la protección concedida por un Régimen General de pensiones, creado para atender las exigencias normales, pudiera no responder, al menos en ciertos aspectos, a las necesidades propias de los mineros.

La extrema dureza de la profesión ha justificado, y lo sigue haciendo hoy día, una protección preferente en algunos aspectos cual pudiera ser, por ejemplo, la obtención del derecho a la pensión de jubilación a una edad más temprana que la fijada con carácter general. Frente a un argumento de tal tenor, podría argüirse, sin embargo, que la extracción del carbón no constituye la única profesión esencialmente dura y peligrosa, y que otros grupos profesionales del sector pudieran reclamar también un trato comparable al concedido a aquél colectivo laboral, de forma que esa protección preferencial no constituiría, por tanto, argumento bastante para justificar la pervivencia de un Régimen Es-

⁷ En el caso de Polonia o Japón. Esta concesión de un trato preferente tiene el mérito de facilitar la eficacia y la economía de la administración, y si el coste es soportado a partes iguales por todas las ramas de la actividad económica comprendidas en el régimen, o si las industrias y los trabajadores a quienes se concede trato preferente tienen que cotizar con arreglo a tarifa más elevada en relación con el acrecentamiento de su protección, las prestaciones contarán con una amplia garantía, cual es la que proporciona la propia economía nacional. CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros," *Revista Internacional de Trabajo*, vol. II, n° 3, 1955, pág. 306.

⁸ Tal es el caso de Australia, Reino Unido, Estados Unidos o Países Bajos. La aplicación simultánea del Régimen General y del Régimen Complementario puede no resultar sencilla desde el punto de vista administrativo, pero presenta la ventaja de asegurar rápidamente la continuidad de la protección para las personas contratadas sucesiva o alternativamente en las minas y en alguna otra profesión y permitir la concesión de prestaciones de base garantizadas para todas las ramas de la actividad económica incluidas en el sistema general de la Seguridad Social. CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros," *cit.*, pág. 306.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela (Paredes), 1990, págs. 20-22.

pecial, pudiendo mantenerse igual protección mediante la inserción de disposiciones particulares en el Régimen General de Seguridad Social.

3. La equidad social, la utilidad económica y las razones de orden político como sustento

Dejando aparte otras consideraciones meramente técnicas, las razones de orden político han jugado también un papel preponderante a través de la presión ejercida por los grupos interesados¹⁰, que habrían conseguido un estatuto profesional privilegiado¹¹. La presión ejercida por el movimiento sindical y la relativa proximidad entre la huelga general convocada para el 1 de febrero de 1967 y la aprobación el día 23 de marzo de 1967 del D. 574/1967, atribuyendo a una Comisión Interministerial la tarea de realizar los estudios previos necesarios para la regulación de tal Régimen de Seguridad Social, ponen de manifiesto una cierta interrelación entre las medidas de conflicto adoptadas por el proletariado minero y la creación del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

No puede olvidarse tampoco que la extracción de carbón resultó en épocas pasadas esencial para la economía nacional, por lo que el trato preferente reservado a los mineros se justificó doblemente por su equidad social y por su utilidad económica¹². En este sentido se ha argumentado que la razón real de la especialidad estriba “en el mantenimiento de un lastre

histórico, surgido de la utilización de la Seguridad Social como instrumento de política económica”¹³, de modo que, en momentos de depresión económica del sector, especialmente durante la Segunda República, medidas localizadas de previsión social instauraron una protección especial de la jubilación y el paro, a cargo principalmente de la “Caja de Jubilaciones y Subsidios”, instituida para coadyuvar a la reestructuración de la minería asturiana y paliar los paros y retiros de mineros que habían de producirse para el saneamiento del sector. Tales medidas de protección especial inicial, progresivamente extendidas e incrementadas, habrían de servir en los momentos de auge del sector, especialmente durante la etapa postbélica, como atractivo reclamo para la mano de obra, permitiendo alcanzar elevadas cotas de producción; por contra, una vez que la aparición de fuentes de energía alternativas deprimen nuevamente el sector, el resultado es la existencia de unos derechos adquiridos por el colectivo profesional minero que exigirían una nueva regulación¹⁴. Sin olvidar, por supuesto, que la recesión generalizada en la industria de las minas de carbón en los últimos años ha creado una situación financiera peligrosamente deficitaria (consecuencia de toda una serie de factores que actúan conjuntamente: además de la situación demográfica desfavorable, la mayor mecanización del trabajo y la reducción de la edad de jubilación de los mineros) de forma tal que las subvenciones del Estado —orientadas prioritariamente hacia objetivos de racionalización, inversión y cobertura de los costes sociales ligados a los procesos de reconversión¹⁵— se convierten en indispensables a la vez que la relación entre cotizantes y pensionistas aparece en progresiva caída¹⁶.

¹⁰ Resulta un clásico el recurso de los mineros españoles a prácticas colectivas de presión laboral, unas veces concertadas pacíficamente con los empresarios y otras recurriendo a la paralización de las actividades, destrucción de máquinas, hundimiento de bocaminas, basculamiento de vagones y otras formas de sabotaje como la colocación de explosivos en el tendido férreo o la intimidación con la dinamita; de ahí que, según apunta algún autor, en los “planes de provisión social” buscaran los patronos un refuerzo a las medidas de disciplina laboral, un camino para la rápida reposición de su fuerza de trabajo y, muy especialmente, un mecanismo que desterrase de las minas el conflicto y la organización obrera. GARCÍA PIÑEIRO, R.: “La minería del carbón en Asturias: un siglo de relaciones laborales”, Cuaderno de Relaciones Laborales, núm. 3, 1993, pág. 68.

¹¹ Fenómeno éste propio de sectores que tienen y quieren mantener una determinada situación de privilegio, referida no sólo a colectivos cuya protección material es más alta que la del nivel general sino que abarca también a situaciones que podrían denominarse de “privilegio encubierto”. VIDA SORIA, J.: “Los regímenes especiales”, PEE, núms. 12-13, 1982, pág. 157.

¹² ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Vol. II, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 1979, pág. 614.

¹³ CRAIG, I.: “Las pensiones de los mineros”, cit., pág. 287.

¹⁴ ALMANSA PASTOR, J.M., op. ult. cit., pág. 614.

¹⁵ Según datos del INSS, en el mes de diciembre de 2006 figuraban un total de 9.015 afiliados al REMC (62 en Barcelona; 21 en Lleida; 73 en A Coruña; 271 en Córdoba; 4.762 en Asturias; 532 en Teruel; 101 en Zaragoza; 142 en Ciudad Real; 14 en la Comunidad de Madrid; 2.840 en León y 197 en Palencia). En la misma fecha el número de pensionistas ascendía a 70.831 (4.838 de incapacidad; 39.412 de jubilación; 23.864 de viudedad; 2.198 de orfandad y 519 en favor de familiares).

¹⁶ Según datos del INSS, en el mes de diciembre de 2006 figuraban un total de 9.015 afiliados al REMC (62 en Barcelona; 21 en Lleida; 73 en A Coruña; 271 en Córdoba; 4.762 en Asturias; 532 en Teruel; 101

4. Justificación legal

En el Preámbulo del D. 384/1969, de 17 de marzo, que tras la breve vigencia de las normas provisionales da vida al Régimen Especial, se justificó su creación por la especial naturaleza y características diferenciales de la minería del carbón, así como por la constante y progresiva superación de la capacidad protectora de la Seguridad Social, con acusada sensibilidad hacia los colectivos laborales más merecedores de atención. Esta especial atención vino a satisfacer una continua y razonada pretensión social de obtener una mejor cobertura en los riesgos de una actividad que, por sus determinantes características de dureza y peligrosidad, necesitaba el contrapeso de una especial configuración de la acción protectora. De forma paradójica, también se justifica su creación en el principio de “solidaridad”, cuando se ha constatado que la multitud de causas invocadas en favor de la existencia o del mantenimiento de regímenes de protección estructurados por sectores de producción, lejos de fomentar la solidaridad, alimenta el gregarismo profesional y, en el fondo, aparece como un instrumento conservador y contrario a la unificación, propio de un Estado corporativista¹⁷. A raíz de la reforma de la Seguridad Social promovida por la Ley 24/1972, de 21 de junio se produjo la aprobación del D. 298/1973, de 8 de febrero y de su norma de aplicación y desarrollo -OM de 3 de abril de 1973-, debiendo destacarse su carácter de Régimen “legalmente atípico”¹⁸ por carecer de una referencia legal expresa, salvo la fórmula genérica del art. 10.2 g) LGSS¹⁹.

En cualquier caso, esta justificación normativa ha sido objeto de duras críticas doctrinales sobre la base de considerar que la dureza, peligrosidad y morbilidad de la actividad o el previsible acortamiento de la vida laboral en algunas categorías profesionales es predicable de los demás mineros y, por tanto, la especial na-

turalidad y características diferenciales del sector deberían extenderse a las restantes actividades de minería –encontradas en el Régimen General– y no quedarse sólo en la del carbón²⁰. De otro lado, aun cuando inicialmente pudiera pensarse en la “oportunidad” de alguna de estas especialidades, no pueden justificarse en cuanto suponen ventajas que se niegan a otros colectivos con iguales fundamentos para percibirlos y, menos aún, si se considera que tales “discriminaciones” –si bien el Tribunal Constitucional no las considera tales– en su gran medida vienen financiadas (dado el carácter deficitario del Régimen) con las cuotas de los afiliados al Régimen General²¹.

5. Principales peculiaridades del Régimen Especial Minero

5.1.- Ámbito subjetivo

El estudio de las circunstancias especiales de carácter personal, social y profesional que puedan justificar la existencia del Régimen Especial Minero hace imprescindible, en primer lugar, delimitar su campo de aplicación y dentro de éste, investigar las actividades encuadradas en el marco profesional de la minería del carbón, al ser precisamente la técnica del “reenvío” o de la “remisión” –a la hoy ya derogada ordenanza laboral del sector, otorgándole una suerte de eficacia ultractiva²²– la elegida a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de dicho Régimen Especial.

El resultado de tal andadura lleva a concluir que sólo los trabajadores por cuenta ajena dedicados a las actividades propias de extracción de carbón en minas subterráneas y explotaciones a cielo abierto, labores de investigación y reconocimiento, así como al aprovechamiento de carbones y aguas residuales con ma-

en Zaragoza; 142 en Ciudad Real; 14 en la Comunidad de Madrid; 2.840 en León y 197 en Palencia). En la misma fecha el número de pensionistas ascendía a 70.831 (4.838 de incapacidad; 39.412 de jubilación; 23.864 de viudedad; 2.198 de orfandad y 519 en favor de familiares).

¹⁷ FERRERAS ALONSO, M.: “Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la Ley de Pensiones del 85”, REDT, núm. 25, 1986, pág. 61.

¹⁸ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 3ª ed., Madrid (Tecnos), 2007, pág. 510.

¹⁹ BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, Mª.A.: *Regímenes Especiales de Seguridad Social*, 8ª. ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pág. 340.

²⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 374. ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 614.

²¹ AA.VV., (DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., Dirs.): *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, cit., págs. 66-67.

²² VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 511.

terias carbonosas, escogido de carbón en escombros, fabricación de aglomerados de carbón mineral, actividades en hornos de producción de cok, transportes fluviales de carbón y a todas aquéllas actividades “secundarias o complementarias de las anteriores” podrán ser beneficiarios de la aplicación de este Régimen Especial.

5.2.- Actos de encuadramiento

La constitución de la relación jurídica de Seguridad Social del Régimen Especial Minero obedece a las pautas generales del Sistema, por lo cual no presenta especialidad alguna la inscripción de las empresas del sector, si bien es preciso reconocer que constituye acto dotado de extraordinaria importancia, en cuanto entraña la opción empresarial de cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o directamente en el INSS. Tampoco reviste especialidad alguna el acto de afiliación y alta, a salvo las derivadas de los documentos oficiales, siendo aplicable también en este Régimen el sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED) tanto para los actos de encuadramiento como para los actos recaudatorios, en los mismos términos que en el Régimen General. Se contemplan en este Régimen dos específicas situaciones asimila-

EN LA MAYORÍA
DE LOS PAÍSES PRODUCTORES
DE CARBÓN, LOS
TRABAJADORES DE LAS
MINAS ESTÁN MEJOR
PROTEGIDOS QUE LOS
DEMÁS TRABAJADORES

das a las de alta: la suscripción de convenio especial y el desempleo involuntario de los trabajadores afiliados a este Régimen que hayan agotado prestaciones por desempleo total o que, al quedar en desempleo, no tengan derecho a ésta (arts. 15 y 16 OMC).

5.3.- Contingencias protegidas. En especial, la enfermedad profesional de silicosis

Los riesgos objeto de cobertura no difieren de los previstos en el Régimen General en la medida en que las contingencias protegidas por el mismo remiten expresamente en su concepto al que se fije respecto de cada una de ellas en aquél; empero, los trabajadores de la minería se encuentran, ciertamente, entre los que deben pagar mayor tributo a los riesgos profesionales.

La silicosis merece un tratamiento legislativo especial entre las enfermedades profesionales (decisión que, lejos de ser pacífica, ha sido objeto fuertes críticas), no sólo debido a sus particulares características, sino muy especialmente al hecho de representar el porcentaje más importante entre todas las existentes, en aras a obtener una mejor defensa de los trabajadores afectados en las varias situaciones en que se puede producir²³.

Al margen de las peculiaridades asociadas a la enfermedad profesional de silicosis, las prestaciones garantizadas por el Régimen Especial de la Minería del Carbón son las que con carácter general se establecen en el art. 38 TRLGSS, distinguiendo entre acción protectora debida a contingencias profesionales y a contingencias comunes, amén de las prestaciones no contributivas²⁴. No obstante, a pesar de la inicial coincidencia de acción protectora -reforzada por las recién-

²³ Sobre la premisa de que el inválido silicótico debe recibir la pensión con arreglo a los salarios reales que percibiría de estar en activo cuando ha desaparecido la empresa en la que trabajó o no se haya hecho prueba sobre el salario que perciben los trabajadores de su misma categoría, a la hora de determinar la base reguladora de su pensión de invalidez procederá acudir al salario normalizado que en la fecha del reconocimiento médico de diagnóstico se encuentra establecido para la categoría profesional que ostentara en su día el inválido; teniendo en cuenta, además, que la profesión, categoría y puesto de trabajo a tener en cuenta a estos efectos no son aquéllos que el interesado hubiere ostentado y ocupado en los últimos tiempos en que prestó servicios para una empresa dedicada a la extracción de carbón, sino los propios del último trabajo con riesgo pulvígeno; es decir, lo que se ha de tomar en consideración son los datos correspondientes al puesto y categoría en que se contrajo la enfermedad profesional de silicosis y no los de cualquier actividad llevada a cabo en el exterior de empresas mineras pero a las que no se extiende el citado riesgo. Un amplio análisis jurisprudencial en MARTÍNEZ BARROSO, M^º.R.: “Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón”, en AA.VV. (SAGARDOY ABOGADOS): Factbook Seguridad Social, 4^a ed., Pamplona (Thomson/Aranzadi), 2005, págs. 764 y ss. Entre los pronunciamientos más recientes, STS 4 mayo 2006; STSJ Asturias 14 mayo 2004 (JUR 246323); STSJ Castilla y León, Valladolid, 31 octubre 2005 (AS 3394), 21 marzo 2006 (AS 864) ó 6 junio 2007 (JUR 286509).

²⁴ Sin olvidar -como singularidad de este Régimen- el complemento que garantiza ingresos para los trabajadores silicóticos de primer grado trasladados a puestos de trabajo compatible con su estado, abonado por las empresas mineras mediante pago delegado, regulado por OM de 30 de abril de 1977.

tes Leyes 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que consideraran aplicables a dicho Régimen sus previsiones en materia de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, incapacidad permanente, jubilación parcial, muerte y supervivencia, prestaciones familiares...- la cobertura dispensada ante las contingencias de incapacidad permanente y vejez -fundamentalmente- presenta ciertas peculiaridades y genera una gran litigiosidad que se hace extensiva, entre otras cuestiones, a la posible incompatibilidad de pensiones²⁵, a la compatibilidad entre pensión y trabajo²⁶ o, en fin, a la responsabilidad del pago de la incapacidad temporal²⁷.

PUEDE SER CONVENIENTE
ADOPTAR UNA POSICIÓN
DE COMPROMISO ENTRE EL
MANTENIMIENTO DE LAS
VENTAJAS PARTICULARES
DEL SECTOR MINERO...
Y LA INTEGRACIÓN DE
SUS BENEFICIARIOS EN EL
RÉGIMEN GENERAL

5.4. Peculiaridades en materia de incapacidad permanente

Tomando en su totalidad el riesgo de incapacidad permanente, su cobertura en este Régimen Especial presenta como especialidades más relevantes las siguientes:

1º) La acumulación de padecimientos resultantes de riesgos diversos para determinar el grado de invalidez aparece expresamente mencionada en la regulación de este Régimen Especial, en reconocimiento,

sin duda, de la grave incidencia que tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional presentan en este ámbito. La cuestión relativa a la valoración conjunta o no de las secuelas invalidantes en el Régimen General ha sido, por el contrario, una de las que mayor polémica ha suscitado en los últimos años, tanto en orden a la declaración inicial de la contingencia como a su revisión, prevaleciendo en la actualidad la tesis de que para la determinación de la incapacidad se ha de valorar globalmente el conjunto de las lesiones y para la revisión será preciso realizar una ponderación individual que atienda a la causa más significativa de la incapacidad para determinar si proviene de enfermedad común o accidente, en el caso de que concurran.

2º) Otra especialidad presente en la regulación de la invalidez radica en el hecho de que las bonificaciones de edad previstas para la jubilación son tenidas en cuenta al fijar la edad para el posible incremento de la pensión de incapacidad permanente total, presumiendo la dificultad para obtener empleo. La principal cuestión suscitada en esta sede es, sin embargo, la referida a si quien viene percibiendo la pensión de jubilación tiene derecho a solicitar y obtener el paso a la situación de inválido permanente total, incluso en su modalidad de "cualificada". Como en otras muchas cuestiones controvertidas de este Régimen Especial, las respuestas han sido divergentes, y si bien la doctrina de suplicación y el propio Tribunal Supremo se decantaron inicialmente en favor de su admisión²⁸, considerando que, aun cuando ya se haya accedido a la jubilación, nada impide al beneficiario de ese tipo de pensión solicitar su declaración como inválido permanente total a consecuencia de silicosis para, previo cumplimiento de los requisitos generales, pasar a percibir el complemento correspondiente a la total cualificada, finalmente en vía judicial se está denegando tal posibilidad²⁹.

²⁵ Considerando que no existe tal, SSTSJ Aragón 17 mayo 2006 (JUR 271314); Asturias 20 julio 2007 (JUR 306915) o STSJ Castilla y León, Valladolid 31 octubre 2005 (AS 3394), 27 marzo 2006 (AS 1520) ó 29 diciembre 2006 (JUR 82294). Declarando la incompatibilidad de la pensión de invalidez absoluta del Régimen Especial Minero con la de viudedad de cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social ex art. 20 OMC, STSJ Asturias 11 febrero 2005 (JUR 201383).

²⁶ Estableciendo la compatibilidad entre pensión de IPT de picador de la minería del carbón y la realización, como autónomo, de funciones de dirección y gestión de empresa dedicada a la explotación minera al considerar que la suspensión de la prestación no puede efectuarla el INSS en el curso de un proceso de revisión de incapacidad, STSJ Castilla y León, Valladolid 13 junio 2005 (AS 1588).

²⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid 28 marzo 2007 (JUR 235581).

²⁸ Entre muchas, STS 11 marzo 2002 (RJ 4681) o STSJ Castilla y León/Valladolid 12 septiembre 2006 (JUR 258257). Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: "Explicación a una contradicción en el Tribunal Supremo sobre el acceso a la incapacidad permanente total cualificada. Comentario a las SSTs, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2002 y de 13 de mayo de 2002," Revista Información Laboral. Jurisprudencia, núm. 13, abril 2003, págs. 5 y ss.

²⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 mayo 2003 (AS 2056) y 7 marzo 2007 (JUR 215734) y SSTs 7 febrero 2002 (RJ 5978) o 26 enero 2004 (RJ 2426).

3º) Con igual respaldo en un criterio jurisprudencial reiterado, nada impide que un pensionista de invalidez permanente total del Régimen Especial Minero, tras haber pasado a percibir pensión de jubilación por cumplimiento de la edad -con aplicación en su caso de las bonificaciones correspondientes- pueda solicitar la revisión de su grado de incapacidad. Se trata de una tesis progresiva fundada en el hecho de que las enfermedades profesionales son de evolución lenta y progresiva y resulta muchas veces estéril y caprichoso tratar, sin más, de fijar topes, como el de la llegada de la jubilación³⁰. Es preciso tener presente, sin embargo, que ésta es una especialidad ligada básicamente a la enfermedad profesional de silicosis en general, sin que sea pues exclusiva de la minería del carbón.

4º) Característica especial de este Régimen es la posibilidad de que la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez alcance la cuantía de otra equivalente a la de jubilación cuando el interesado cumpla la edad (real o ficticia, a través de bonificaciones) de sesenta y cinco años; o -en terminología reiterada del Tribunal Supremo- la posibilidad de "incrementar la cuantía de la pensión de invalidez que perciben los pensionistas hasta alcanzar la de jubilación que les correspondería de estar en activo al alcanzar los 65 años real o ficticiamente". No se transforma la contingencia protegida (sigue siendo una pensión de invalidez a efectos fiscales) sino que únicamente se modifica su importe y los correspondientes derechos derivados al llegar a la edad de jubilación, siempre bajo la *condictio sine qua non* de que el beneficiario no sea titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social o que renuncie a ella.

Esta especialidad, no contemplada en el Régimen General, encuentra matiz apropiado si se tiene en cuenta la doctrina legal que, superando precedentes judiciales en contrario, afirma que quienes accedieron a invalidez permanente por enfermedad profesional en el Régimen General (no si derivada de riesgos comunes), aunque a causa de su precedente actividad en la minería del carbón, tienen derecho a disfrutar tal incremento, pues si lo pretendido por la norma es otorgar este beneficio a aquellos sujetos que han desarrollado una actividad especialmente penosa (incluso bajo regulaciones diferentes), y que les ha conducido a la enfermedad padecida, como señaladamente ocurre

con la minería del carbón y la silicosis, no parecería lógico ni equitativo negar esta posibilidad a quienes sufren idéntica enfermedad con igual origen por el simple hecho de que la incapacidad se les haya manifestado más tarde, cuando ya no están incluidos en el Régimen Especial Minero. Cabría añadir, sin embargo, que no resulta equitativo, "ni lógico," negar esta posibilidad a quienes sufren idéntica enfermedad pero con origen en otro tipo de minería. Los criterios jurisprudenciales van acercando cada vez más la acción protectora de ambos Regímenes, de modo que los "privilegios" o especialidades del mismo, si subsistentes, obedecen en su mayor parte a una protección específica de la enfermedad profesional de silicosis. Nada impediría, por tanto, si integrado este Régimen en el General, seguir otorgando la correspondiente superprotección a través de una necesaria reforma y actualización de la normativa reguladora de los riesgos profesionales.

5.5.- La jubilación en el Régimen Especial Minero

La protección del riesgo de vejez no entraña, en principio, grandes especialidades en la minería del carbón, a salvo, de un lado, la posibilidad de anticipar la edad mínima de jubilación establecida con carácter general mediante la aplicación de un sistema de bonificaciones construido en relación al tiempo efectivamente trabajado en la minería del carbón en cada una de las categorías y especialidades profesionales; y, de otro, la jubilación de los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual, atendiendo, sin duda, a las más penosas, insalubres y peligrosas condiciones en las que se lleva a cabo su prestación laboral.

1º) Por lo que se refiere a la primera cuestión, de tener en cuenta que en estos casos lo que se produce es una reducción de la edad general de jubilación en función del mayor desgaste fisiológico derivado de la realización de tal actividad durante un tiempo determinado, y que esa reducción, variable en función del tiempo dedicado a la actividad de que se trate³¹, se mantiene en los supuestos de movilidad incluso fuera del Régimen Especial (pues el desgaste producido por el trabajo se ha incorporado a la persona del trabajador), no puede extrañar que la anticipación de

³⁰ Entre las más recientes STSJ Asturias 24 enero 2003 (JUR 109572). Contra, denegando la revisión, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 10 febrero 2003 (JUR 84589) y 23 febrero 2004 (JUR 83574) o Asturias 27 enero 2003 (AS 421).

³¹ Sobre la aplicabilidad de los coeficientes reductores que oscilan desde el máximo de 0,50 hasta el mínimo de 0,05, en función de que se trate de trabajadores de interior o de exterior, entre otras, SSTSJ País Vasco 2 noviembre 2005 (JUR 2006/80883) o Cataluña 12 septiembre 2007 (JUR 335401).

la edad de jubilación se haya extendido a determinados grupos mineros no incluidos en el Régimen Especial (art. 21 del Estatuto del Minero y RD 2366/1984, de 26 de diciembre).

La capacidad del minero para un trabajo lucrativo -particularmente si ha sido contratado para trabajar en el subsuelo- tiende a disminuir rápidamente; razón ésta en virtud de la cual parece oportuno el establecimiento de un límite de edad para la pensión de jubilación inferior al fijado para las demás profesiones. La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones, otorgado para una diferenciación profesional de la edad de jubilación es, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista, pues dentro de las diversas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los trabajadores; junto a los duros trabajos de interior, existen categorías de superficie y personal administrativo cuyas condiciones laborales no difieren sustancialmente de las existentes en los demás sectores económicos, y pese a ello, han venido disfrutando de coeficientes reductores residuales. Este inconveniente es resuelto en la actualidad al habilitar el Estatuto del Minero la aplicación de coeficientes reductores a categorías de exterior, pero, únicamente "en las que quede acreditada por los estudios técnicos correspondientes, la existencia de riesgos de origen pulvígeno similares a los tenidos en cuenta para las categorías de interior".

Tanto la reducción de edad como su cómputo, a efectos de cotización, serán de aplicación a los trabajadores que, acreditando cotizaciones por servicios prestados en la minería del carbón, se jubilen en cualquier otro Régimen de la Seguridad Social³², si bien los últimos pronunciamientos judiciales lo vienen denegando, por ejemplo, a pensionistas de invalidez del Régimen General para profesión ajena a la minería³³.

2º) Como especialidad relevante de este Régimen, y bajo la rúbrica de "Jubilación de inválidos totales", el art. 22 de la OM de 3 de abril de 1973, permite que los trabajadores de la minería del carbón, pensionistas por invalidez permanente total para la profesión habitual de dicho Régimen, puedan causar derecho a la pensión de jubilación de este Régimen Especial, considerando a estos efectos que se encuentran en situación asimilada a la de alta, como si estuviesen en activo, si bien para ello resulta condición indispensable que la pensión de incapacidad permanente total no hubiera sustituido, en virtud de opción ejercitada de conformidad con las normas sobre incompatibilidad de pensiones, a la de jubilación que el interesado percibiera a cargo de este Régimen Especial -y satisfaga las cuotas correspondientes desde la fecha de efectos de la IPT y la del hecho causante de la jubilación³⁴-. La configuración de asimilación al alta que tiene en este Régimen el trabajador afectado por la incapacidad permanente total para su profesión habitual tiene por finalidad exclusiva la de facilitar, de forma excepcional dentro del sistema, el acceso a la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de la edad real o ficticia de sesenta y cinco años.

5.6.- Prestaciones de muerte y supervivencia

Las prestaciones causadas por el fallecimiento de pensionistas de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuyas pensiones hayan pasado a tener la cuantía correspondiente a jubilación, se determinan de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo de la nueva cuantía de la pensión, incrementada con las revalorizaciones que proceda (art. 20 OMC). Si el pensionista fallece sin ejercitar la opción por la nueva cuantía, pudiendo hacerlo, podrán los beneficiarios de estas prestaciones solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía a efectos de las prestaciones de muerte y supervivencia (disp. trans.

³² RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, 8ª ed., Madrid (Tecnos), 2006, pág. 504. Rotunda en tal sentido, STSJ Madrid 20 diciembre 2006 (JUR 64575), pues "no se trata de compatibilizar más o menos cotizaciones y el obstáculo que para ello suponga que las correspondientes el Régimen de la Minería hayan sido ya tenidas en cuenta en otra prestación, sino del hecho mismo de haber prestado servicios en este sector, que es lo que propicia, en menor o mayor medida, el derecho a jubilarse anticipadamente sin reducción alguna en función del tiempo en que tales servicios se prestaron y de la clase de éstos, todo ello por la penosidad y toxicidad de esa actividad".

³³ Siguiendo la doctrina de STS 16 septiembre 2003 (RJ 7304), STSJ Castilla y León/Valladolid 3 julio 2006 (AS 2468). Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R. y CABEZAS ESTEBAN, J.L.: "Acceso a la pensión de jubilación desde una situación de no alta. ¿Resultan aplicables los coeficientes reductores de edad por trabajo penoso?. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2003", RTSS (CEF), núm. 260, 2004, págs. 55 y ss.

³⁴ SSTSJ Cataluña 24 abril 2007 (AS 2128).

3ª OM 8 abril 1986). Si el fallecido es pensionista de incapacidad permanente total jubilado (art. 22.6 OMC), su muerte puede ser calificada como debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional conforme a lo dispuesto por el art. 172.2 TRLGSS.

5.7.- La Financiación de las contingencias comunes a partir de bases de cotización normalizadas

Peculiaridades notables reviste la financiación del Régimen Especial de la Minería del Carbón, no tanto por lo que se refiere a los recursos financieros en sí -que coinciden con los del Régimen General-, sino por las especiales características que denota la fuente de ingresos típica: la cotización. La especialidad en cuanto a contingencias comunes refiere, deriva del hecho de que a la hora de calcular las bases de cotización -que servirán, a su vez, para determinar las bases reguladoras de las prestaciones- no se toman como referencia los salarios reales, normalmente decrecientes en este sector de actividad mientras más alta sea la edad del trabajador, sino bases normalizadas anualmente³⁵.

Para llevar a efecto la normalización se totalizan, agrupándolas por categorías y especialidades profesionales, las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hubieran correspondido con arreglo a los conceptos computables -y sin aplicación del tope máximo absoluto- dentro del ámbito de cada una de las zonas mineras (Asturiana, Noroeste, Sur y Centro-Levante) en el período anual inmediatamente precedente. Los salarios reales y no las bases de cotización normalizadas son, sin embargo, los que van a ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cotización por riesgos profesionales. Sobre dichos salarios reales se aplican los porcentajes establecidos en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes

EL MANTENIMIENTO DE
SITUACIONES PRIVILEGIADAS
EN LA PROTECCIÓN
NO PUEDE JUSTIFICAR
NINGÚN RÉGIMEN
ESPECIAL

de trabajo y enfermedades profesionales, que figuran -además- entre los más elevados, dada la frecuencia y gravedad de los riesgos y el peligro de las actividades encuadradas en el ámbito de protección de este Régimen Especial.

6. Un interrogante abierto: sobre la posibilidad de integrar en un futuro el Régimen Especial de la Minería del Carbón en el Régimen General

Ya en el momento de la aprobación de la disp. ad. 2ª LMU (1985) determinadas voces críticas manifestaron su sorpresa ante el hecho de que subsistiesen más Regímenes Especiales que los previstos en el "Documento de base" y, especialmente, que subsistiesen el de la Minería del Carbón y del Mar, para los cuales habían sido propuestos sendos sistemas especiales. Se consideró que dentro de estos Regímenes, "el más fácilmente integrable hubiera sido el de la Minería del Carbón", cuyas diferencias con el Régimen General eran muy escasas³⁶, atribuyendo a las "conveniencias y oportunidades de orden político" la decisión de no extinguir el Minero, el cual, desde cualquier otra perspectiva debería haber engrosado la lista de los integrables³⁷.

Al día de hoy puede ser conveniente adoptar una posición de compromiso entre el mantenimiento de las ventajas particulares del sector minero (justificadas por su objetividad, razonabilidad y congruencia con la dureza del sector) y la integración de sus beneficiarios en el Régimen General, prototipo del sistema y que tiene clara propensión a englobar a todos los sectores de trabajadores por cuenta ajena aún no integrados. No se trata de imponer, con ello, un tratamiento uniforme sino que, y de forma acorde con la tendencia a la homogeneización, lo pretendido es "lograr la mayor coherencia y racionalidad posible en el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que las peculiaridades y diversidades estrictamente necesarias reciban adecuada respuesta por la vía del establecimiento de sistemas especiales dentro del Régimen General en materia de encuadramiento, afiliación, cotización, recaudación, etc"³⁸.

³⁵ La Orden TAS/3145/2007, de 23 de octubre, la fija para el ejercicio 2007 y la Resolución de 24 de octubre de 2007 establece plazos especiales para el ingreso de las diferencias resultantes de su actualización.

³⁶ GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., Capítulo IV en DESDENTADO BONETE, A. et. alii.: La reforma de las pensiones de la Seguridad Social, cit., pág. 149.

³⁷ TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social...", cit., págs. 66 y 67, valorando aceptablemente la selección llevada a cabo por el legislador, en el sentido de que "son todos los que están", pero dudando respecto a si verdaderamente "están todos los que son".

³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes", RTSS (CEF), nº 128, 1993, pág. 90.

LA SILICOSIS MERECE
UN TRATAMIENTO
LEGISLATIVO ESPECIAL
ENTRE LAS ENFERMEDADES
PROFESIONALES [...] EN
ARAS DE OBTENER UNA
MEJOR DEFENSA DE LOS
TRABAJADORES AFECTADOS

de sus preceptos muestra que la integración operada no hizo desaparecer todas las especialidades que en materia de acción protectora se reconocían a ciertos colectivos de los integrados, sino que, en iguales o parecidos términos, se perpetúan para el futuro; es decir, al margen de las diferencias previstas con

carácter transitorio -a fin de evitar, a través de la gradualidad, el traumatismo que un cambio repentino podría ocasionar, por dañar muchas expectativas de derechos en curso de adquisición- se perciben diferencias de protección para determinados grupos que, a primera vista, podrían interpretarse como una especie de concurrencia de "subregímenes"⁴² en el seno del propio Régimen General. El análisis del alcance de tales especialidades en materia de acción protectora revela, no obstante, cómo estas no van más allá del establecimiento de normas particulares tendentes a reducir la edad de acceso a la pensión de jubilación que, en último término, encontrarían amparo en lo dispuesto en el actual art. 161.2 TRLGSS.

Nada impide por ello la integración del Régimen Especial Minero en el Régimen General, si bien las posibles ventajas que se garantizan para sus asegurados podrían mantenerse con carácter transitorio hasta su extinción o hasta su confirmación -si objeti-

No cabe ignorar el fuerte condicionante histórico en la instauración de este Régimen, pero en absoluto procede defender que, por ser desigual en algún aspecto (dureza de la actividad), se encuentre justificada socialmente cualquier tipo de desigualdad (desigual protección tanto en cuantía como en extensión, intensidad y requisitos). Los aspectos desiguales del colectivo minero, derivados de las características específicas de la actividad que desarrollan, deberían plasmarse en previsiones diferenciadas, pero restringidas sólo y exclusivamente a lo derivado de tal desigualdad, para evitar así que la mera existencia de particularidades se convierta en razón suficiente para mantener privilegios injustificados. El mantenimiento de situaciones privilegiadas en la protección no puede justificar -en principio- ningún Régimen Especial, por cuanto en el último de los casos, aquellos privilegios podrían integrarse sin problemas, como excepciones transitorias, en el Régimen General³⁹.

No existe pues razón aparente para que la integración prevista en la Ley no se produzca. Las diferencias de acción protectora, argumentadas en su día como razón de la subsistencia de los Regímenes Especiales, se han desvanecido en muchos casos, pudiendo señalar además que la evolución legislativa experimentada en el Régimen General demuestra la perfecta viabilidad de que determinados colectivos encuadrados en el mismo posean unas prestaciones no coincidentes con las establecidas de forma general⁴⁰. Desde el punto de vista formal podría seguirse el ejemplo del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, en virtud del cual se procedió a integrar en el Régimen General⁴¹ los hasta ese momento Regímenes Especiales de Ferrovianos, Futbolistas Profesionales, Representantes de Comercio, Artistas y Toreros. La lectura de alguno

³⁹ VIDA SORIA, J.: "Los regímenes especiales", cit., pág. 163. En sentido contrario (y aunque sean afirmaciones de los años 50) se considera que aunque sea posible adaptar las disposiciones de un Régimen General a los intereses de los mineros, puede atenderse más fácilmente a sus necesidades peculiares por medio de un Régimen Especial; igualmente que el mantenimiento de regímenes alternativos especiales de pensiones robustece la solidaridad entre los trabajadores de la industria minera, pues éstos se encuentran fuertemente apegados a sus instituciones y a los privilegios ganados por sus propios esfuerzos; sin olvidar que la liquidación de cualquier régimen autónomo de pensiones para mineros tropezaría con una considerable oposición: CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", cit., pág. 304.

⁴⁰ Este es el caso, por ejemplo, del Clero Diocesano de la Iglesia Católica que, asimilados sus miembros a trabajadores por cuenta ajena y no configurados siquiera como "sistema especial", carece de algunas de las prestaciones previstas para el resto de asegurados del Régimen General (desempleo, incapacidad temporal, etc.), al igual que determinados sectores industriales inmersos en procesos de reestructuración o grupos de empresas en crisis, cuyos miembros disponen de unos mayores beneficios sociales (jubilación anticipada, mayor protección por desempleo). TEJERINA ALONSO, J.I., y DE LA PEÑA ROSINO, P.: "Instrumentos de armonización de las Comunidades Europeas y sus repercusiones en la Seguridad Social española", en AA.VV.: *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, Madrid (IESS), 1981, págs. 88-89.

⁴¹ Con efectos de 1 de enero de 1987.

⁴² TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social...", cit., pág. 70.

vas y justificadas- a través de un sistema especial. En cualquier caso, conocidas de antemano las dificultades del proyecto por las presiones que en sentido contrario pudieran

NADA IMPIDE LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL MINERO EN EL RÉGIMEN GENERAL

ejerger los grupos sociales afectados⁴³, para que este objetivo no resulte utópico debe concebirse a largo plazo, de forma que su puesta en práctica se produzca de forma lenta y progresiva pudiendo una primera vía de actuación consistir en mantenerlo como Régimen a extinguir, en lo que hace a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de esos colectivos la plena integración en el Régimen General. ●

⁴³ UGT.: *Propuesta de Progreso para la Seguridad Social en España, Madrid (UGT), s/f, pág. 27, en el cual se propone la integración de todos los Regímenes de la Seguridad Social en dos: trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia. En el primer caso esta integración se produciría "sin merma de los derechos adquiridos" por los trabajadores actualmente encuadrados en estos Regímenes, lo cual sería técnicamente viable "mediante la articulación de sistemas especiales dentro de ese Régimen General, que contemplen sus peculiaridades".*

SINGULARIDADES DEL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR*

Francisca FERRANDO GARCÍA

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

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL FUNDAMENTO Y PECULIARIDADES DEL RETM

A menudo, el estudio de la estructura del sistema de Seguridad Social así como de los Regímenes Especiales que lo integran se lleva a cabo desde la perspectiva de la justificación de la existencia y necesidad de éstos. Probablemente la creación de Regímenes Especiales como tales no sea más que una opción, que en nuestro Ordenamiento es resultado de la influencia gala. Y es que, como demuestra la experiencia comparada, la configuración del sistema de Seguridad Social mediante diversos Regímenes -en el caso español, General y Especiales- es una alternativa, frente

a la que se arbitran otras posibilidades¹, si bien todas ellas parecen compartir la misma finalidad, la atención mediante previsiones específicas de las peculiares necesidades de protección de quienes realizan determinadas actividades.

En España, la protección social de quienes realizan actividades marítimo-pesqueras se ha llevado a cabo precisamente mediante la configuración de un Régimen Especial de Seguridad Social. Sin perjuicio de otros precedentes normativos remotos de carácter fragmentario², la idea de un Régimen Especial para los Trabajadores del Mar aparece por vez primera en nuestro ordenamiento en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social (base 3ª.11). Pocas eran las directrices que establecía la Ley con relación

* El presente trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación SEJ 2006-06452/JURI, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad", incluido en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ En lo que concierne a la especialidad de los regímenes de seguridad social de los trabajadores del mar en el plano del Derecho comparado, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., **La Seguridad Social de los trabajadores del mar**, Civitas, Madrid, 1999, págs. 29 y ss, señala que frente a los ordenamientos que prevén una estructura compleja que distingue entre regímenes general y especiales, cual sería el caso de los sistemas francés, belga o alemán, existen otros sistemas también modernos, como el inglés o el norteamericano, que parten de una estructura unitaria del sistema de seguridad social, sin perjuicio de la existencia de disposiciones específicas para los trabajadores del mar.

² Un estudio exhaustivo de los mismos puede consultarse en la obra precitada de CARRIL VÁZQUEZ, X.M., **La Seguridad Social de los trabajadores del mar**, págs. 45-127.

al futuro Régimen Especial, salvo que se organizaría *“sobre la base de la solidaridad nacional, estableciéndose un adecuado sistema de compensación al que contribuirá el Estado mediante las aportaciones que al efecto se determinen”*; y en su regulación se tendería *“a la paridad de derechos y prestaciones con el Régimen General”*.

La regulación de este Régimen se realizó por Ley 116/1969, de 30 de diciembre, cuyo Reglamento General se aprobó por Decreto 1867/1970, de 9 de julio (en adelante, Reglamento). En la actualidad, su regulación se contiene, además de en el mencionado Reglamento, en el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto³ (en adelante, TR RETM).

Como prescribía la Ley de Bases, y con carácter general, se deduce del art. 10.1 LGSS, la regulación que estas normas contienen, obedece a razones de índole objetiva, subjetiva y organizativa, que fundamentan las específicas previsiones sobre cotización y protección social que en el Régimen especial se contemplan:

1º.- En efecto, no cabe ignorar las especiales circunstancias concurrentes en el trabajo marítimo-pesquero, a las que explícitamente se refiere la Exposición de Motivos del TR RETM: Como explica el citado texto, la actividad de los trabajadores del mar se desenvuelve en condiciones de peligrosidad, penosidad y lejanía del hogar-incluso de la patria- durante largas temporadas, a las que se une, en su caso, la desventaja económica que supone la intermitencia de la actividad vinculada a la pesca y recolección de otros productos del mar. Estas circunstancias justifican la existencia de normas específicas sobre jubilación, destinadas a evitar *el peligroso envejecimiento de la población activa del mar*, garantizando que la población marítimo-pesquera esté constituida por un colectivo humano *en edad laboral de óptimo rendimiento*⁴.

2º.- De otro lado, una de las principales peculiaridades del RETM es su configuración como un régimen mixto, en el que tienen cabida tanto trabajadores por cuenta ajena como trabajadores por cuenta propia (y los asimilados a los anteriores), que realicen trabajos en el mar o relacionados con el mar, en las condiciones que se analizarán en el siguiente epígrafe. A mayor

LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL MEDIANTE DIVERSOS RÉGIMENES [ATIENDE] LAS PECULIARES NECESIDADES DE PROTECCIÓN DE QUIENES REALIZAN DETERMINADAS ACTIVIDADES

abundamiento las actividades que determinan la inclusión en el RETM, aunque presentan el común denominador de estar vinculadas con el mar, pueden ser muy diversas, y por tanto también lo serán las condiciones laborales de quienes las realizan.

3º.- De otro lado, en la pesca marítima es tradicional el sistema de remuneración a la parte. Según esta peculiar forma de retribución, del importe del pescado capturado o “monte mayor”, se deducen determinados gastos causados por la actividad (gastos de explotación: lubricantes y combustibles de la embarcación, hielo, sal, descarga de la pesca, IVA soportado por el armador, comisiones y cuota de la Cofradía, etc.; y gastos de personal: manutención, dietas, locomoción, seguro de equipajes, etc.). El resto se distribuye entre el empresario-armador y la tripulación, según porcentaje acordado, que acostumbra a ser el 50 % para cada parte o 40 % para el armador y 60 % para la tripulación. La porción asignada a la dotación o “monte menor” se distribuye entre los trabajadores, denominándose “parte o quiñón” la cantidad que recibe cada uno⁵. Parece obvio que las reglas generales sobre cálculo de la base de cotización que, como se sabe, parten de las remuneraciones efectivamente percibidas por el trabajador, se acomodan mal al modo de operar de la retribución a la parte.

Esta dificultad, unida al carácter mixto del RETM, y a las diferentes condiciones económicas y laborales que para el trabajador llevan implícitas el tonelaje, el número de tripulantes y el tipo de actividad-mercante o pesquera- de la embarcación, determinó que el art. 19.5 TRRET, desarrollado por el derogado art. 33 del Reglamento RETM, clasificara a los trabajadores del mar en tres grupos. Conforme a dicha clasificación⁶,

³ Por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁴ En este sentido se expresa el apdo. 2º.c) de la Exp. Motivos TR RETM.

⁵ Sobre las diversas modalidades de retribución de la gente del mar, véase López Aniorte, M.C., “Las singulares formas de retribución”, AAVV. (G. Rodríguez Iniesta, dir.), *Protección social y trabajo de la gente del mar*, Universidad Internacional del Mar, Universidad de Murcia/ E.U. Relaciones Laborales/ ISM/ Mutual Cyclops, 2000, págs. 83 y ss, con cita de numerosas fuentes convencionales.

⁶ Que, como ha advertido Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 24ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 694, aunque inicialmente concebida a efectos de cotización, ha repercutido también en la acción protectora.

actualmente recogida en el art. 54 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, mientras el primer grupo cotiza conforme a los criterios establecidos para el RGSS, para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los grupos II y III aún rigen las especialidades previstas en su día por la Orden de 22 de noviembre de 1974, en lo que se refiere al cálculo de la base de cotización y a los coeficientes reductores⁷.

En los mencionados grupos II y III, la cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el RETM, se efectúa sobre las remuneraciones que se determinen anualmente mediante Orden Ministerial, a propuesta del Instituto Social de la Marina (ISM), y no sobre las remuneraciones efectivamente percibidas como ocurre en el RGSS⁸. Dicha determinación, elaborada por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales, se realiza sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente⁹.

Por lo demás, a la base de cotización de esta forma establecida se aplican determinados coeficientes reductores¹⁰. Los coeficientes reductores son fijados en atención a las características concurrentes en las actividades y la capacidad económica de empresas y trabajadores¹¹, correspondiendo, según la precitada Or-

den de 22 de noviembre de 1974, una reducción de 2/3 para el Grupo II A, 1/2 para el Grupo II B, y 1/3 para el Grupo III¹².

4º.- Por último, el RETM goza de gestión separada encomendada al Instituto Social de la Marina, Entidad Gestora específica de este Régimen Especial, cuyos antecedentes se sitúan en la Caja Central de Crédito Marítimo, creada por RD de 10 de octubre de 1919, rebautizada como Instituto Social de la Marina por RD de 26 de febrero de 1930¹³.

El ISM constituye una Entidad de ámbito nacional de Derecho público con personalidad jurídica propia, dependiente del Ministerio de Trabajo. El Instituto posee una doble dimensión competencial pues, junto a la gestión del RETM, se le ha atribuido la función de *la asistencia a los trabajadores del mar, tanto en España como en el extranjero, favoreciendo su mejoramiento humano, profesional y económico-social*¹⁴.

De conformidad con la Disp. Ad. 19ª LGSS, este Ente continuará llevando a cabo las funciones y servicios que tenía encomendados en relación con la gestión del RETM, si bien, el art. 69 Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de PGE para 1997¹⁵, dispuso la adscripción de los recursos económicos y la titularidad del patrimonio del ISM a la TGSS, que asumiría el pago de las obligaciones del Instituto.

⁷ Al respecto, véase DE LA VILLA, L.E., JUANES FRAGA, E., "Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar," *Revista de Trabajo*, núm. 90, 1988, pág. 102.

⁸ La Orden TAS/71/2008, de 18 de enero, establece las bases únicas de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del RETM incluidos en los grupos II y III.

⁹ Véase, art. 122.Siete Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

¹⁰ Según disponen el art. 19.6 TR RETM -cuya vigencia declara la Disp. Ad. 15ª LGSS-, el art. 52.3 RD 2064/1995, y la Orden de 22 de noviembre de 1974.

¹¹ Art. 52.3 RD 2064/1995. Véase, BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., MOMPALER CARRASCO, Mª.A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 171.

¹² El sistema de retribución a la parte determina especialidades incluso en la forma de practicar el descuento de las cotizaciones que se satisfacen por armador y tripulación. Al respecto, el RD 2064/1995 establece que la cotización por contingencias profesionales, a cargo exclusivo del empresario, podrá deducirse del "monte mayor" o "montón" (art. 51.2.a), mientras que en el caso de la cotización por contingencias comunes la cuota correspondiente al trabajador deberá ser descontada en el momento del reparto del "monte menor" (art. 51.2.b). En lo que concierne a las cuotas de recaudación conjunta, la STSJ Cataluña de 9 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4897) ha señalado que, las cuotas de recaudación conjunta, incluida la cotización para desempleo, de igual forma que las debidas a contingencias comunes, no deben detraerse del monte mayor en su totalidad, pues en tal caso la tripulación paga una parte de las cotizaciones que corresponde satisfacer al armador como empresa. La deducción debe efectuarse tras el reparto de las ganancias entre armador y tripulación, de forma que de la parte del armador se deducirá la cuota empresarial, y del monte menor, o mejor, del quión o parte correspondiente a cada trabajador, su porción de la cuota calculada en función de la base de cotización correspondiente.

¹³ Acerca de los antecedentes, evolución normativa y régimen vigente aplicable al ISM, puede consultarse la obra de SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., *La gestión de la Seguridad Social en España*, CES, Madrid, 2003., págs. 161 y ss.

¹⁴ Cfr. Arts. 1 y 2 RD 1414/1981, de 3 de julio.

¹⁵ En aplicación de los arts. 63 y 81 LGSS.

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL RETM

Según se ha comentado en el epígrafe precedente, una de las principales peculiaridades del RETM consiste en el carácter de mixto de su ámbito de aplicación, en cuanto integra tanto trabajadores por cuenta ajena como autónomos, amén de los trabajadores asimilados a cada una de dichas categorías. Esta circunstancia constituye una dificultad añadida en el estudio de la compleja normativa aplicable a este Régimen, pues determina la existencia de especialidades ya no sólo frente al Régimen General y otros Regímenes Especiales (singularmente en lo que atañe al RETA), sino también entre las diversas categorías de trabajadores incluidas en el mismo RETM, y que se evidencian tanto en materia de cotización (a cuyo efecto se establece la clasificación de los trabajadores incluidos en el RETM en tres grupos diferenciados, a que antes se ha hecho referencia), como respecto de la acción protectora. A continuación se exponen los rasgos fundamentales que identifican a los sujetos incluidos en este Régimen, con mención, cuando proceda, de las peculiaridades que señalan a cada uno de los colectivos.

136

1. Trabajadores por cuenta ajena

A) Actividades determinantes de la inclusión en el RETM

Son trabajadores por cuenta ajena incluidos en el RETM, aquéllos que realizan por cuenta y bajo la dependencia de un empresario¹⁶ una de las actividades enunciadas en el art. 2.a) TR. El precepto cita hasta

ocho actividades laborales relacionadas con el mar, que no constituyen una lista cerrada, pues el apdo. 9 del mismo admite la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo, en la actualidad el MTAS, prevea la inclusión de cualquier otra actividad marítimo-pesquera en el RETM.

Dada la parquedad de la fórmula utilizada para delimitar el ámbito objetivo del RETM, consistente en la mera referencia a cada una de las actividades incluyentes, y la escasa cobertura de la negociación colectiva, se ha venido acudiendo a las derogadas Ordenanzas Laborales como criterio guía para la determinación de las concretas labores que cabe subsumir en cada una de las actividades enunciadas por el art. 2.a) TR¹⁷. En las líneas que siguen se analizan sucintamente las actividades marítimo-pesqueras, tal y como aparecen enunciadas en dicho precepto, haciendo especial hincapié en los casos más controvertidos judicialmente, así como en los colectivos que han experimentado modificaciones relevantes en lo que concierne a su encuadramiento.

1º) "Marina mercante"

En primer término, el art. 2.a).1º TR señala, entre las actividades encuadradas en el ámbito objetivo del RETM, la Marina mercante. Pues bien, la derogada Ordenanza del Trabajo en la Marina Mercante, de 20 de mayo de 1969 (OTMM), consideraba incluidos en este sector, tanto los trabajadores que prestaran sus servicios a bordo de buques de la Marina Mercante abandonados en España, aunque no estuvieran dedicados al comercio marítimo, y con independencia de su categoría profesional y forma de retribución¹⁸, como los

¹⁶ Entendiéndose por tal, conforme al art. 5 TR RETM, a quien desarrolle su actividad, con o sin ánimo de lucro, como naviero, armador o propietario de embarcación o instalación marítimo-pesquera, Organización de Trabajos Portuarios en el caso de los estibadores portuarios (sustituida por la Agrupación Portuaria de interés económico), o cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada, que emplee a trabajadores incluidos en el campo de aplicación del RETM. El art. 10.4 RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas etc., según redacción dada por RD 1041/2005, de 5 de septiembre, ha ampliado el concepto de empresario a efectos del RETM, para incluir además de los anteriormente citados, las agrupaciones portuarias de interés económico, las empresas prestadoras del servicio portuario básico de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, las corporaciones de prácticos de puertos o entidades que las sustituyan y, en general, cualquier otra persona física o jurídica, pública o privada, que emplee trabajadores incluidos en el campo de aplicación del RETM, como las cooperativas del mar, las cofradías de pescadores y sus federaciones, y los trabajadores autónomos respecto de los trabajadores a su cargo. Asimismo, las empresas consignatarias de buques, agencias de embarque marítimo o cuantas otras personas con domicilio en España contraten y remuneren a trabajadores residentes en España para prestar servicios en buques de pabellón extranjero, incluidas las empresas españolas participantes en sociedades pesqueras mixtas constituidas en otros países.

¹⁷ VICENTE PALACIO, A., *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Cuadernos de Aranzadi Social, núm. 20, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 44.

¹⁸ El art. 1.2 de la Resolución de 29 de diciembre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispuso la inscripción en el registro y publicación del laudo arbitral para el sector de Marina Mercante, por el que se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, estructura salarial, formación profesional y económica y régimen disciplinario, en sustitución de la Ordenanza Laboral de 20 de mayo de 1969, para dicho sector, establecía que el citado laudo sería de aplicación a

que tuvieran asignada la inspección, ya sea a bordo o en tierra, de los buques o del personal de la flota (art. 1 OTMM).

Por remisión del art. 2 TRRETM al art. 7.1 LGSS, es requisito imprescindible para la inclusión en este Régimen, que los trabajadores realicen su actividad en territorio español. En el ámbito del trabajo en el mar, esta exigencia adicional se traduce, según la denominada “Ley del Pabellón”, en la necesidad de que el buque esté abanderado en España, ya que al personal a bordo de un buque se aplica la legislación laboral y de Seguridad Social del Estado al que pertenece la nave, que viene determinado por el pabellón o registro marítimo en que está inscrita.

En el caso español, existen dos registros marítimos, el ordinario y el segundo registro de Canarias. La creación del segundo registro, en virtud de la Disp. Adic. 15ª de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante, obedece a la necesidad de competir con los buques abanderados en pabellones de conveniencia (que se rigen por la legislación de países menos exigentes en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social)¹⁹, si bien respetando los derechos laborales de los trabajadores españoles, para lo cual se prevé una bonificación del 90% en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya financiación costea el Estado mediante las correspondientes aportaciones a los presupuestos de la Seguridad Social²⁰. La Disp. Adic. 15ª. Seis de la Ley 27/1992, establece, entre otros requisitos relativos a la dotación del buque susceptible de ser inscrito en el segundo registro, que el Capitán y el Primer Oficial del mismo

ostenten la nacionalidad española, y que, al menos el 50 % del resto de la tripulación sea de nacionalidad española o de otro Estado Miembro de la UE. En lo que concierne a la tripulación que no sea española, su situación en materia de Seguridad Social se regirá por la legislación a la que se sometan las partes, siempre que respete los convenios de la OIT²¹, y, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España (Disp. Adic. 15ª.Siete).

Consecuencia de la “Ley del Pabellón”, es que la normativa de Seguridad Social española no será de aplicación al trabajador del mar que realice su actividad en embarcación no matriculada en alguno de los dos registros existentes en España arriba mencionados²². Excepcionalmente, la doctrina científica y la doctrina judicial han admitido que, cuando el contrato de embarco presente vínculos más estrechos con la legislación española, que con la del Estado donde se ha matriculado la nave, podría aplicarse la legislación española. Tal ocurriría, cuando el tripulante español domiciliado en España, fuera contratado también en España por agencia de embarque o consignataria de buques española, que cabría considerar como empleadora a estos efectos²³, cuando sus funciones excedan de las habitualmente realizadas por estas empresas, representantes de la sociedad extranjera que figura como empleadora, llegando a asumir la gestión de la relación laboral y el abono del salario con dinero propio y desde cuenta corriente abierta a nombre de la representante, y no de la empresa extranjera²⁴.

las relaciones laborales de quienes presten sus servicios en los buques mercantes abanderados en España, sin distinción alguna de carácter personal, en particular sin exclusión alguna por razón de la nacionalidad del trabajador enrolado.

¹⁹ Acerca de la problemática protección de los tripulantes en naves con pabellones de conveniencia, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., **La Seguridad Social de los trabajadores del mar**, cit., pág. 203 y ss.

²⁰ Cfr. Art. 63.13 Ley 13/1996 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²¹ Concretamente, los Convenios núm. 8 (ratificado por España en 1924), núms. 55 y 56 (ratificado en 1971), núm. 164 (ratificado en 1990), y el núm. 165 (ratificado en 1991). Para un estudio sobre los convenios de la OIT en este ámbito, véase, MARUGÁN PINTOS, B., “Actividad normativa de la OIT para la Gente del Mar”, **Tribuna Social**, núm. 49, 1995.

²² Conclusión que lleva a la doctrina judicial a declarar la exclusión del ámbito del RETM, vgr. en las SSTSJ Galicia de 30 septiembre y 21 noviembre 1992 (AS 1992, 3390 y 5340 respectivamente). Sobre la cuestión, **in extenso**, VICENTE PALACIO, A., **El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar**, cit., págs. 23 y ss.

²³ En este sentido se expresa, IRIARTE ÁNGEL, J.L., **El contrato de embarque internacional**, Ed. Bera-mar, Madrid, 1993, pág. 107 (cit. por CARRIL VÁZQUEZ, X.M., **La Seguridad Social de los trabajadores del mar**, cit., pág. 224), con fundamento en el art. 6, último párrafo, del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980.

²⁴ Como ha advertido VICENTE PALACIO, A., **El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar**, cit., págs. 27 y 28, la STS de 15 enero 2001 (RJ 2001, 768), matiza que la atribución de la condición de empresario a quien abona materialmente el salario no puede ser automática, sino que dependerá de que la retribución se realice con dinero propio o proveniente de cuenta corriente propia o de la compañía extranjera.

2º) “Pesca marítima en cualquiera de sus modalidades”

El art 2.a).2ª TR RETM incluye en el RETM a los trabajadores por cuenta ajena que desarrollen su actividad en labores de pesca marítima, en cualquiera de sus modalidades. El ámbito objetivo de esta inclusión ha sido tradicionalmente definido por remisión a las antiguas Reglamentaciones de este sector, que junto a la regulación general de la pesca marítima²⁵, distinguían entre pesca de arrastre²⁶, pesca de cerco y otras artes²⁷, pesca en buques congeladores²⁸ y pesca de bacalao²⁹.

Por lo demás, y en lo que concierne al requisito de la nacionalidad española del buque, las Sociedades Mixtas de pesca -antiguamente denominadas empresas pesqueras conjuntas- de las que formen parte empresas pesqueras españolas, quedan asimiladas a empresas españolas. Así, en materia de Seguridad social se establece la inclusión en el ámbito de aplicación del RETM de los trabajadores españoles que presten sus servicios para dichas Sociedades, como si pertenecieran a una de las Empresas españolas participantes en aquéllas, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los Tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España y de la legislación del país extranjero conforme a la cual se hayan constituido las citadas empresas (art. 62 y Disp. Ad. 8ª RD 789/1995, de 19 de mayo).

3º) “Extracción de otros productos del mar”

La extracción por cuenta ajena de mariscos, algas, corales y demás productos marino-orgánicos distintos de los peces determina asimismo, la inclusión en el

UNA DE LAS PRINCIPALES
PECULIARIDADES DEL RETM
ES SU CONFIGURACIÓN
COMO UN RÉGIMEN MIXTO,
EN EL QUE TIENEN CABIDA
TANTO TRABAJADORES POR
CUENTA AJENA COMO
TRABAJADORES POR CUENTA
PROPIA

RETM, conforme al art. 2.a).3ª TR.

Una interpretación flexible de la noción de producto del mar ha permitido la inclusión en el RETM de los trabajadores en empresas explotadoras de plataformas petrolíferas situadas en alta mar³⁰, en la medida en que la empresa sea española³¹, así como de

quienes prestan servicios de mantenimiento en dichas plataformas, aun cuando no les una relación laboral con la empresa explotadora de la plataforma sino con una empresa contratista para la prestación del mantenimiento, y ello con independencia de que esta empresa se dedique o no como fin fundamental a la obtención de productos del mar³².

4º) “Tráfico interior de puertos, embarcaciones deportivas y de recreo y practicaaje”

Por último, entre las actividades realizadas en el mar enunciadas en el art. 2.a) TR, figuran el “tráfico interior de puertos, embarcaciones deportivas y de recreo y practicaaje”:

- En lo que concierne a la actividad de tráfico interior de puertos, pese a la generalidad de la expresión

²⁵ Reglamentación de Trabajo de la pesca marítima, aprobada por Orden de 28 de octubre de 1946.

²⁶ Reglamentación de Trabajo de la pesca en buques arrastreros al fresco, aprobada por Orden de 31 de julio de 1976.

²⁷ Reglamentación de Trabajo de la industria de pesca de cerco y otras partes, aprobada por Orden de 26 de julio de 1963.

²⁸ Reglamentación de Trabajo de la pesca en buques congeladores, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1974.

²⁹ Reglamentación de Trabajo de la pesca de bacalao, aprobada por Orden de 29 de octubre de 1946.

³⁰ En este caso, la incorporación tuvo lugar por medio de la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 1 de junio de 1993 (Catálogo de Resoluciones Administrativas, Acción Protectora, 3ª ed., INSS, Madrid, 1996, págs. 289 y ss), que negó la pertinencia de la inclusión de este colectivo en el Régimen especial de la Minería del Carbón, y declaró su encuadramiento en el RETM, con fundamento en el lugar en que se realiza el trabajo y las circunstancias que lo rodean.

³¹ Pues, según se afirma en la STCT de 19 septiembre 1979 (Arz. 7203), no será de aplicación la normativa española en materia de Seguridad Social respecto de trabajadores españoles que prestan sus servicios en plataformas petrolíferas, bajo bandera extranjera, fuera de aguas jurisdiccionales españolas.

³² Véase la STSJ Cataluña de 18 septiembre 2003 (AS 2003,3647).

contenida en el art. 2.a) 4º TR, la inclusión en el RETM se ha de entender referida, conforme a la Ordenanza aprobada por OM de 9 de agosto de 1969: 1) de un lado, al personal que presta sus servicios a bordo de los buques, embarcaciones, artefactos, pontones u otras unidades flotantes dedicadas a operaciones de practica-

UNA INTERPRETACIÓN
FLEXIBLE DE LA NOCIÓN
DE PRODUCTO DEL
MAR HA PERMITIDO LA
INCLUSIÓN EN EL RETM
DE LOS TRABAJADORES EN
EMPRESAS EXPLOTADORAS
DE PLATAFORMAS
PETROLÍFERAS SITUADAS EN
ALTA MAR

je, remolque, amarraje, tráfico interior y exterior de los puertos y rías, y transporte de pasajeros o mercancías y las dedicadas a asistencia y salvamento; y 2) de otro, al personal subalterno dependiente de las Corporaciones de prácticos de puerto (vigías, ordenanzas, boteros-amarraadores de buques, guardianes de embarcaciones, cobradores...).

El encuadramiento de los prácticos de puertos ha experimentado cambios constantes: En su día, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante (Disp. Trans. 2ª), modificó la tradicional inclusión de este colectivo en el RETM, y dispuso que:

a) Se integrarían como personal laboral en la autoridad portuaria del puerto que, en su caso, asumiera directamente la gestión del mismo, pasando a estar cubiertos por el RGSS.

b) En el mismo régimen quedarían encuadrados los prácticos de puerto de nuevo ingreso tras la entrada en vigor de dicha Ley, que desarrollaran su actividad por cuenta ajena, mientras que quienes lo hicieran por cuenta propia se integrarían en el RETA.

c) Únicamente los prácticos que hubieran accedido al puesto de trabajo por concurso o concurso-oposición y estuvieran prestando sus servicios como prácticos en puertos de competencia estatal a la entrada en vigor de la Ley, conservarían sus derechos adquiridos y continuarían encuadrados en el RETM.

Semejante dispersión, objeto de merecida censura doctrinal, ha sido zanjada por la Ley 48/2003, de 26 de diciembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (modificada por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medias Fiscales, Administrativas y del Orden Social), según la cual, los prácticos de puertos quedan incluidos en el RETM como trabajadores por cuenta ajena, o como asimilados a trabajadores por cuenta ajena cuando se constituyan en corporaciones de prácticos de puertos o entidades que los sustituyan.

Asimismo tienen cabida en el RETM, en virtud del art. 2.a) 4º TR, los patrones de la corporación de prácticos de puertos, toda vez que pilotan la nave o barco que va a servir de enlace entre el puerto y los buques objeto del servicio de practica-³³.

Respecto de la prestación de servicios en embarcaciones deportivas y de recreo, la doctrina judicial³⁴ entiende por tales el barco o nave que tiene como única finalidad el recreo, disfrute o pasatiempo de su propietario o titular, circunstancia que, en el caso de la pesca de recreo, se traduce en la exigencia de que no medie retribución ninguna por las capturas, que deberán ser destinadas al consumo propio, o entregadas a fines benéficos³⁵.

5º) “Trabajos de carácter administrativo, técnico y subalterno de las Empresas dedicadas a las actividades anteriores”

El RETM integra no sólo a quienes realizan los trabajos en el mar propiamente dichos anteriormente mencionados, sino también a los trabajadores que prestan servicios instrumentales de aquéllos, aunque fuera de dicho medio. En atención a la precitada naturaleza instrumental quedan incluidos en el ámbito de aplicación de este Régimen especial, los “Trabajos de carácter administrativo, técnico y subalterno de las Empresas dedicadas a las actividades anteriores” [art. 2.a) 5º TR], es decir, de las empresas dedicadas a la marina mercante, pesca marítima, extracción de otros productos del mar, tráfico interior de puertos y embarcaciones deportivas y recreo.

6º) “Trabajo de estibadores portuarios”

La inclusión en el RETM de los trabajadores dedicados a “labores de carga, descarga, estiba, desestiba y

³³ Doctrina judicial expresada en la STSJ Cantabria de 7 octubre 2004 (AS 2004, 75033).

³⁴ En STCT de 14 junio 1984 (Arz. 5319).

³⁵ En este sentido, véase art. 1 OM de 3 de diciembre de 1963, que aprueba el Reglamento regulador de la pesca de recreo.

trasbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria”³⁶, dispuesto por Ley 116/1969, puso fin al sistema especial previsto para este colectivo dentro del RGSS, en virtud de la Orden de 31 de marzo de 1967.

Su encuadramiento en el RETM como trabajadores por cuenta ajena procede con independencia de la naturaleza de la relación laboral que vincula al estibador con su empleadora. Como se sabe, la relación laboral con la Sociedad Estatal o de Estiba o Agrupación Portuaria de Interés Económico³⁷ tendrá carácter especial; sin embargo, será de naturaleza especial respecto de la empresa estibadora³⁸.

Frente a cierta doctrina de suplicación³⁹, el Tribunal Supremo ha concluido que no es requisito constitutivo de dicha inclusión el que el trabajador pertenezca a una Sociedad Estatal⁴⁰, ya sea porque la empresa estibadora carezca de la pertinente concesión administrativa y no se halle homologada a tal fin por la Sociedad Estatal, ya porque en el puerto en que se realice la actividad de estiba y desestiba no se haya constituido la Sociedad Estatal. Según la citada jurisprudencia, lo relevante a efectos de la inclusión en el RETM es la realización de trabajos de estiba y desestiba por el trabajador, no la naturaleza pública o privada de la empresa para la que preste sus servicios⁴¹.

Precisamente por ello, procede la inclusión en el RGSS y no en el RETM, de los trabajadores de agencias consignatarias y empresas estibadoras que realizan funciones de control, vigilancia e inspección de la forma en que las tareas de estiba y desestiba son desarrolladas por otros trabajadores, puesto que no las realizan ellos mismos⁴².

7º) “Servicio auxiliar sanitario y de fonda y cocina prestado a los emigrantes españoles a bordo de las embarcaciones que los transportan”

Constituye ésta una actividad que, pese a su separada consideración por el TR RETM, bien podría ser subsumida en la de Marina Mercante, que comprende el transporte marítimo tanto de mercancías como de personas⁴³. En efecto, el art. 1.1 de la OTMM, definía su ámbito de aplicación refiriéndose a “las condiciones de trabajo del personal enrolado que presta sus servicios a borde de los buques de la Marina Mercante”, incluyendo el art. 3 de la misma norma, “bajo la denominación genérica de buque o nave”, entre otros, los “buques de carga” o “de pasaje”; y “los buques especiales para el transporte de determinadas mercancías o pasajeros”. Pues bien, siendo de aplicación a los buques de pasajeros, es preciso considerar que a ellos se refería también la clasificación profesional del personal, contenida en el art. 5 OTMM, que expresamente comprendía, tanto los servicios médicos y sanitarios (denominados servicios especiales), como los servicios de fonda.

8º) “Personal al servicio de las Cofradías Sindicales de Pescadores, y sus Federaciones, y de las Cooperativas del Mar”

Como ocurre en los supuestos contemplados en los aptdos. 5º y 6º del art. 2.a) TR, la inclusión contenida en el epígrafe 8º, relativa al “Personal al servicio de las Cofradías Sindicales de Pescadores, y sus Federaciones, y de las Cooperativas del Mar”, no encuentra justificación en las circunstancias objetivas del

³⁶ Art. 1 RD Ley 2/1986, de 23 de mayo sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques.

³⁷ Conforme a la Disp. Ad. 6ª.2 Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (que vinieron a sustituir a la Organización de Trabajos Portuarios, suprimida por RD Ley 2/1986) se han transformado en Agrupaciones Portuarias de Régimen Económico, quedando integrados en las mismas los estibadores adscritos a las sociedades estatales. Con todo, la Ley 48/2003 admite la autoasistencia en materia de estiba y desestiba por personal embarcado y con medios propios, de forma que desaparece la obligatoriedad de que la actividad de estiba y desestiba se realice por el personal de la empresa estibadora o de la Agrupación Portuaria.

³⁸ ÁLVAREZ CORTES, J.C., *Relaciones laborales especiales <<nominadas>> y Seguridad Social*, CARL, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2005, pág. 233.

³⁹ Véase, a modo de ejemplo, la STSJ Galicia de 21 junio 2003 (JUR 2004, 116003).

⁴⁰ Por todas, véanse las SSTs de 15 abril 2003 (RJ 2003, 3812) y 23 febrero y 9 julio 2004 (RJ 2004, 2234 y 6037, respectivamente).

⁴¹ Criterio aplicado por Resolución de la Dirección general de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 21 de marzo de 1996.

⁴² En este sentido se ha pronunciado, tanto la Sala Cuarta del Tribunal supremo, vgr. en SSTs de 25 septiembre 2007 (RJ 2007,7895) y 7 julio 2006 (RJ 2006, 8506), como la doctrina judicial de apelación en el orden contencioso-administrativo, expresada, entre otras, en las SSTSJ Cantabria de 20 noviembre 2006 (recurso núm. 158/2006) (JUR 2006, 292984), y de 6 y 13 de octubre del mismo año (recursos nums. 114 y 119/2006).

⁴³ CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., pág. 190.

trabajo realizado -lo que explicaría que los trabajadores de las Cofradías de Pescadores vinieran disfrutando de la protección general de Seguridad Social con carácter previo a la Ley 116/1969-, sino en su carácter instrumental respecto de las actividades desarrolladas en el mar.

9º) “Cualquier otra actividad marítimo-pesquera, cuya inclusión en este Régimen sea determinada por el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical”

En uso de la competencia atribuida por el art. 2.a).9º TR al Ministerio de Trabajo, se han incorporado de forma sobrevenida al ámbito de aplicación del RETM diversos colectivos, entre los que, sin ánimo exhaustivo, se encuentran los médicos integrantes de grupos de asistencia a los emigrantes y repatriados en viaje⁴⁴; así como los trabajadores que realizan cursos de Formación Profesional náutico o náutico-pesquera, en la medida en que la participación en dichos cursos determine la suspensión o extinción de su relación laboral o el cese de su trabajo por cuenta propia como tripulantes de su embarcación⁴⁵.

Ahora bien, como ha observado la doctrina⁴⁶, no constituye ésta la única vía de ampliación del ámbito subjetivo del RETM, toda vez que, al margen del Ministerio precitado, el propio Gobierno, e incluso las Cortes Generales en ejercicio de su poder legislativo, han determinado la inclusión de otros colectivos a este Régimen especial, como ha ocurrido con relación a los trabajadores españoles que prestan sus servicios para Empresas Pesqueras Conjuntas y, posteriormente, para Sociedades Mixtas, a los que ya se hizo referencia.

B) Colectivos asimilados a trabajadores por cuenta ajena

A los colectivos de trabajadores antes mencionados, que como trabajadores por cuenta ajena, realizan su actividad para un empresario, se han asimilado determinadas categorías de armadores y de prácticos de

puertos, en los supuestos y con la protección social que a continuación se indican.

1º) Armadores

A tenor del art. 4 TR, “se asimilarán a trabajadores por cuenta ajena los armadores que presten servicio a bordo de la correspondiente embarcación y perciban, como retribución de su trabajo, una participación en el <<Monte Menor>>, o un salario, como tripulantes”. Con mayor precisión se expresa el art. 7 Reglamento, de cuya lectura conjunta con el art. 3 de la misma norma, que se refiere a los armadores que han de ser considerados como trabajadores por cuenta propia, se deduce que la asimilación a trabajadores por cuenta ajena procederá únicamente respecto de los armadores que figuren en el rol de la embarcación como tripulantes o técnicos⁴⁷, y que presten sus servicios en embarcaciones que excedan de diez toneladas de registro bruto, o cuya tripulación (técnicos y tripulantes enrolados, incluido el armador) supere las cinco personas.

Pese al análogo tratamiento que, *independientemente de las obligaciones que les correspondan como empresarios*, los arts. 4 TR y 7.2 Reglamento otorgaron a estos armadores en lo que se refiere a los derechos y obligaciones reconocidos por la normativa específica del RETM a los restantes miembros de la dotación de la embarcación, cuando el RDL 3/1989 amplió la cobertura de la protección por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena que trabajaran en embarcaciones de entre 20 y 10.01 toneladas de registro bruto, y posteriormente la Ley 22/1992, hizo lo propio respecto a los trabajadores por cuenta ajena que trabajaran en embarcaciones de hasta 10 toneladas, declararon excluidos del derecho a las prestaciones por desempleo “a los asimilados a que se refiere el art. 4 [TR]”, cláusula de exclusión recogida en iguales términos por la Disp. Adic. 16ª LGSS.

El alcance de dicha exclusión no ha quedado exento de polémica, pues a diferencia de las normas precitadas, cuando en un momento anterior el RD 3064/1982 extendió la cobertura de las prestaciones por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a

⁴⁴ Integrados en virtud de la OM de 23 de noviembre de 1970.

⁴⁵ Véase la OM de 31 de enero de 1974.

⁴⁶ CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, cit., pág. 196.

⁴⁷ Quedan por tanto excluidos de la asimilación, los armadores que desarrollan su actividad en tierra (VICENTE PALACIO, A., “Algunas cuestiones sobre las especificidades de la protección por desempleo de los trabajadores del mar”, AAVV. (G. RODRÍGUEZ INIESTA, dir.), *Protección social y trabajo de la gente del mar*, Universidad Internacional del Mar, Universidad de Murcia/ E.U. Relaciones Laborales/ ISM/ Mutual Cyclops, 2000, pág. 215).

la parte que prestaran sus servicios en embarcaciones de más de 20 toneladas de registro bruto, no se manifestó expresamente por la exclusión o inclusión en el ámbito de la protección por desempleo de los asimilados a dichos trabajadores⁴⁸.

Tal omisión sirvió de fundamento a las demandas que, con la oposición del ISM, interpusieron los armadores asimilados que figuraban en el rol de embarcaciones de más de 20 toneladas de registro bruto, dando lugar a una dispar doctrina de suplicación. Algunos pronunciamientos estimaron las peticiones de los armadores afectados por considerar que las citadas exclusiones afectaban únicamente a los asimilados a los trabajadores por cuenta ajena a los que dichas normas se referían, esto es, a los armadores que figuraran en el rol de embarcaciones de hasta 20 toneladas, rechazando el argumento de que la omisión de referencia expresa al resto de trabajadores asimilados en las mencionadas normas obedeciera a un mero olvido del legislador⁴⁹. Ello no obstante, otra doctrina de suplicación⁵⁰ confirmada por el Tribunal Supremo⁵¹

LA REALIZACIÓN DE OTROS TRABAJOS NO ESPECÍFICAMENTE MARÍTIMO-PESQUEROS ES COMPATIBLE CON LA INCLUSIÓN EN EL RETM, AUN CUANDO TENGA CARÁCTER PERMANENTE

desautorizó tal interpretación, en el entendimiento de que la exclusión alcanzaba a todos los armadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena⁵².

Esta jurisprudencia es congruente con la normativa básica de Seguridad Social que reserva la protección por desempleo a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales (art. 205.2 LGSS), condición que desde luego no reúnen los armadores, cuya asimilación a los trabajadores asalariados no altera su verdadera calidad de empresarios (art. 8 RD 1867/1970)⁵³. Precisamente por ello, no existe previsión que obligue a cotizar por desempleo a los armadores-tripulantes asimilados en las normas de cotización establecidas en el TR y en su Reglamento, así como en la vigente Orden de cotización anual⁵⁴.

Como trabajadores responsables del ingreso de las cuotas, otra peculiaridad que caracteriza a los armadores asimilados frente a los trabajadores por cuenta ajena propiamente dichos, es la necesidad de que se hallen al corriente en el pago de cuotas para poder acceder a las prestaciones de Seguridad Social⁵⁵; no obstante, se les aplica el mecanismo de invitación al pago previsto para los autónomos del RETA (Disp. Ad. 39ª LGSS).

2º) Prácticos de puertos

El párrafo segundo del art. 4 TR, incorporado por el art. 45.Dos.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden So-

⁴⁸ Véase en este punto, PÉREZ MADRID, J.E., "La asimilación a trabajador por cuenta ajena: una consideración ¿restringida?", *Tribuna Social*, núm. 49, 1995, págs. 92 y ss.

⁴⁹ SSTSJ Murcia de 4 diciembre 1995 (AS 1995, 4845), 24 abril 1996 (AS 1996, 1383), 30 abril 1996 y 20 mayo 1996.

⁵⁰ Por todas, véanse las SSTSJ Galicia de 15 febrero 1993 (dos) (AS 1993, 723 y 755), de 22 marzo 1993 (AS 1993, 1360) y de 3 octubre 1995 (AS 1995, 3771), STSJ Cantabria de 25 mayo 1993 (AS 1993, 2341) y SSTSJ País Vasco de 28 septiembre 1993 (AS 1993, 4134), de 21 enero 1994 (AS 1994, 66) y STSJ País Vasco de 1 julio 1999 (AS 1999, 2475).

⁵¹ Por primera vez en la STS de 29 enero 1997 (RJ 1997, 644), cuya fundamentación es reiterada por las SSTS de 27 febrero 1997 (RJ 1997, 1602) y 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2586).

⁵² BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., MOMPALER CARRASCO, Mª.A., *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 162. Un estudio detallado del origen de la polémica y de los fundamentos de esta doctrina judicial puede encontrarse en CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., págs. 390 a 395, con cita de numerosos pronunciamientos. El autor cita como precedente de esta doctrina la STCT de 12 diciembre 1988 (RTCT 8476), según la cual los efectos de la asimilación no se extienden a la prestación de desempleo.

⁵³ En este sentido, véanse DE LA VILLA, L.E., JUANES FRAGA, E., "Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar", cit., pág. 96; SERRANO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ MARCOS, L., "Régimen Especial del Mar. Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones", AAVV., *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 185.

⁵⁴ La cotización indebida por desempleo no confiere derecho al trabajador asimilado a la prestación económica por dicha contingencia [STSJ Galicia de 3 octubre 1995 (AS 1995, 3775)], sin perjuicio del derecho del afectado a reclamar el reintegro de las cotizaciones [STS de 29 enero 1997 (RJ 1997, 644)].

⁵⁵ STS de 21 febrero 2002 (RJ 2002, 4538).

cial, asimila “a trabajadores por cuenta ajena los prácticos de puerto que, para la realización de su actividad de practica, se constituyan en corporaciones de prácticos de puertos o entidades que las sustituyan”.

Dicho precepto les atribuye “los mismos derechos y obligaciones en cuanto a este Régimen Especial se refiere que los trabajadores por cuenta ajena”, si bien les excluye expresamente del derecho a las prestaciones por desempleo y del FOGASA. Por lo demás, las corporaciones de prácticos o entidades que las sustituyan tendrán la consideración de empresarios, respecto de los prácticos de puerto así como del resto de personal a su servicio.

EL NÚMERO DE RÉGIMENES ESPECIALES EXISTENTE EN LA ACTUALIDAD ES, SEGÚN LA DOCTRINA MAYORITARIA, EXCESIVO

2. Trabajadores por cuenta propia

A) Requisitos generales de encuadramiento: la actividad marítimo-pesquera como medio fundamental de vida, y otros

Para que la realización de las actividades marítimo-pesqueras determine la inclusión de los trabajadores autónomos en el RETM, es preciso que los mismos sean mayores de edad, desarrollen su labor de forma habitual, personal y directa, y que la actividad constituya su medio fundamental de vida (art. 2.b TR).

Dejando a un lado el requisito de la edad, el referido a la forma habitual, personal y directa en que se debe realizar la actividad que, como se sabe, no hace sino señalar las notas que identifican el trabajo autónomo en cualquiera de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social donde el trabajo por cuenta propia tiene cabida⁵⁶.

Ahora bien, la habitualidad en la actividad no basta a efectos de la inclusión de un trabajador en el RETM, pues se exige además que la actividad marítimo-pes-

quera constituya el medio fundamental de vida del trabajador. En este sentido, el aptdo. 3 de la Exposición de Motivos del TR señala que no se considera “trabajador del mar al que le dedica más o menos horas o jornadas de trabajo en el curso del año, sino al que liga su vida a las tareas marítimo-pesqueras dentro de los más variados grupos y sectores que el Régimen Especial comprende”. Tampoco “precisa la norma” se “hará depender la protección social del carácter continuo o discontinuo del trabajo mismo, sino del hecho verdadero del trabajo en el mar o para el mar y de vivir de la compensación económica que esta circunstancia le proporcione”.

Según el art. 2.2. Reglamento, se entiende que concurren los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida “cuando el trabajador dedique predominantemente su actividad a trabajos marítimo-pesqueros y de ellos obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y a las de los familiares a su cargo”.

Conforme a la norma reglamentaria, cabe la posibilidad de que el trabajador del mar realice otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros, de forma que no se requiere que la dedicación a las faenas del mar sea exclusiva⁵⁷. Con todo, el art. 2.2 del Reglamento únicamente se refiere a la realización de esos otros trabajos “con carácter ocasional”. Esta exigencia, conectada con el criterio de dedicación predominante a la actividad marítimo-pesquera, determinaba, según la doctrina judicial la exclusión del RETM de quien compaginara su trabajo en el mar con otras actividades que exigieran dedicación constante⁵⁸.

Seguramente como indicio del carácter poco lucrativo de la actividad marítimo-pesquera⁵⁹ y, por ende, de su menor capacidad de atender principalmente las necesidades del trabajador y su familia, el citado precepto establece la presunción *iuris tantum* de que los ingresos obtenidos por los trabajos marítimo-pesqueros no constituyen el principal medio de vida del trabajador, cuando éste, su cónyuge o parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que convivan con él sean titulares de un negocio mercantil o industrial⁶⁰.

⁵⁶ El art. 2. Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, identifica como trabajador autónomo incluido en el RETA a quien “realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica”.

⁵⁷ Ya lo advertía la STCT de 27 febrero 1978 (Arz. 1230).

⁵⁸ Por esta razón, la STCT de 25 marzo 1982 (Arz. 1867), consideraba improcedente la inclusión en el RETM de quien se dedicaba, además de a la pesca, a la venta de pan y leche.

⁵⁹ Véase VICENTE PALACIO, A., *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág. 38.

⁶⁰ La doctrina judicial ha venido interpretando este precepto con rigorismo, vgr. en STSJ Galicia de 3 mayo 1996 (AS 1996, 2203), y SSTSJ País Vasco de 28 enero y 17 marzo 1998 (AS 1998, 751 y 1626).

Según esta previsión, la titularidad de un negocio mercantil o industrial, vgr. dedicado al envasado, manipulación y comercialización de especies marinas, por parte de un trabajador dedicado a la recolección y cultivo de dichas especies, su cónyuge o un pariente hasta el tercer grado, suponía la aplicación de la presunción *iuris tantum* según la cual no cabía considerar los ingresos obtenidos de la actividad marítimo-pesquera su principal medio de vida, determinando su exclusión del RETM. En este caso, si el titular del negocio era el autónomo dedicado a la actividad marítimo-pesquera, éste quedaba encuadrado en el RETA, pero si la titularidad era ostentada por su cónyuge o un pariente hasta el tercer grado, procedía su exclusión del sistema⁶¹.

Se trataba en todo caso de una presunción contra la que cabía prueba en contrario del carácter predominante, como medio fundamental de vida, de los ingresos obtenidos por la actividad marítimo-pesquera, frente a los procedentes del negocio cuya titularidad corresponde al trabajador o de su cónyuge o pariente⁶².

En otro orden de consideraciones, la alusión a los parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad que convivan con el trabajador del mar, ha dado lugar a diversas observaciones doctrinales relativas en esencia a la necesidad de reformar el tenor del precepto para subsanar la descoordinación de esta previsión con el art. 1.3.e) ET y el art. 7.2 LGSS, que como es sabido refieren la presunción de falta de laboralidad y, en consecuencia, niegan la consideración de trabajador por cuenta ajena a los parientes hasta el segundo grado⁶³, así como la posible existencia de discriminación en esta exclusión del RETM⁶⁴.

Recientemente, la Disp. Ad. 16ª de la Ley 40/2007, ha introducido un último párrafo en el art. 2.b) TR, en

el que se concreta el requisito del medio fundamental de vida, estableciendo la presunción de que las actividades marítimo-pesqueras en él citadas constituyen el medio fundamental de vida del trabajador, a efectos de su inclusión en el RETM, “siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social”⁶⁵.

Esta modificación incide directamente en la delimitación de los ámbitos subjetivos del RETM y el RETA, estableciendo dos importantes novedades respecto de la noción de medio fundamental de vida contenida en el art. 2.2 del Reglamento RETM:

1ª. La nueva presunción únicamente exige que de las actividades marítimo-pesqueras “se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar”; pero no requiere expresamente que se trate de los “principales ingresos para atender dichas necesidades”. Al desaparecer la alusión explícita a los “principales” ingresos, parece quedar sin fundamento la interpretación judicial según la cual los ingresos obtenidos de la actividad marítimo-pesquera debían constituir el sostenimiento principal del hogar, de forma que, en caso de pluriactividad, si de la comparación de los ingresos procedentes de las distintas actividades realizadas se deducía que las tareas marítimo-pesqueras únicamente proporcionaban un complemento de los ingresos deducidos de otra actividad no cabía la inclusión en el RETM⁶⁶. Igualmente sería cuestionable en la actualidad una doctrina como la que denegaba la inclusión en el RETM de quien

⁶¹ Entiende LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Modificaciones en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social”, en AAVV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), **La Reforma de la Seguridad Social de 2007 (Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social**, Ed. Laborum, Murcia, 2007, pág. 248, que esta regulación entrañaba una discriminación indirecta por afectar fundamentalmente al colectivo femenino dedicado a las tareas de recolección y recogida de productos del mar (las mariscadoras).

⁶² Como ocurrió en el supuesto que dio lugar a la STSJ País Vasco de 17 marzo 1998 (AS 1998, 1625) en el que el marido de la trabajadora del mar era titular de un puesto de pescado que originaba pérdidas.

⁶³ En este sentido, VICENTE PALACIO, A., **El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar**, cit., pág. 38.

⁶⁴ Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar ¿es discriminatoria la exclusión del RETM en razón a que el cónyuge sea titular de un negocio mercantil o industrial?”, **Aranzadi Social**, núm. 16, 2003.

⁶⁵ Cfr. el art. 10.1 RD Ley 2/2003, de 25 de abril, que procedió a modificar la exigencia del medio fundamental de vida respecto de los autónomos del REA en términos análogos a los utilizados por la Ley 40/2007.

⁶⁶ Cfr. STCT de 27 febrero 1978. Más recientemente, la STSJ Baleares de 19 septiembre 2004 (JUR 2004, 55920), negaba que la inclusión en el RETM por considerar que la actividad marítimo-pesquera, realizada simultáneamente a la prestación de servicios por cuenta ajena y a tiempo completo, no constituía el medio fundamental de vida del trabajador.

es pensionista de incapacidad permanente total para una profesión realizada anteriormente⁶⁷.

2ª. La realización de otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros es compatible con la inclusión en el RETM, aun cuando tenga carácter permanente, y pueda determinar la inclusión en otro Régimen de la Seguridad Social⁶⁸.

La modificación operada por Ley 40/2007 pretende posibilitar el mantenimiento de la inclusión en el RETM pese a la realización de otras actividades complementarias a las marítimo-pesqueras que podrían determinar el encuadramiento en el RETA y la exclusión del RETM, puesto que no se contempla como posibilidad la inclusión simultánea en ambos regímenes respecto de las diferentes actividades desarrolladas⁶⁹. Aunque el precepto no lo señale expresamente, parece referido a las actividades complementarias de la recolección y cultivo de especies marinas (marisqueo, recogida de algas...). En este sentido, la reforma vendría a dar cumplimiento a la previsión contenida en el apartado V.3 del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social⁷⁰, que contemplaba la adopción de "las medidas necesarias a fin de impulsar la diversificación de actividades para los colectivos que quieran complementar la recolección y cultivo de especies marinas con procesos de manipulación, envasado y comercialización de las mismas".

B) Actividades incluidas: actividades marítimo-pesqueras

El art. 2.b)TR, según redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, enuncia determinadas actividades cuya realización por los trabajadores por cuenta propia o

autónomos, en las condiciones generales arriba comentadas y específicas de cada actividad a las que luego se aludirá, determina su inclusión en el RETM. Concretamente, el precepto se refiere a las actividades realizadas por:

a) Los armadores de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas.

El art. 3 Reglamento establece, como condiciones específicas de inclusión de este colectivo en el RETM como trabajadores por cuenta propia: 1ª) Que la embarcación no exceda de diez toneladas de registro bruto; 2ª) que realicen su trabajo a bordo de la embarcación, enrolados en la misma como técnicos o tripulantes⁷¹; y 3ª) que el número de técnicos y tripulantes enrolados en la embarcación, incluido el armador, no exceda de cinco. Estos límites de tonelaje y tripulantes pueden ser modificados por el MTAS, a propuesta del ISM, cuando la modalidad de pesca que se realice o las características económicas de la explotación lo aconsejen.

b) Los que se dediquen a la extracción de productos del mar. Respecto de los trabajadores autónomos dedicados a la extracción de productos del mar, como mariscadores, recogedores de algas y análogos, además del requisito de medio fundamental de vida, el art. 4 Reglamento recoge la exigencia de demostrar su dedicación "mediante el documento que acredite el desempeño efectivo de las respectivas actividades". Como ha advertido la doctrina, la norma se refiere a las labores de extracción propiamente dicha de productos del mar, no bastando a efectos de la inclusión en el RETM la realización de tareas complementarias, como sería el transporte y comercio de los frutos ya extraídos, que determinaría en su caso la inclusión en el RETA⁷².

⁶⁷ Solución alcanzada por la STSJ País Vasco de 25 enero 2002 (JUR 2002, 217865).

⁶⁸ La inclusión en el RETM en razón de la realización de su trabajo a bordo como técnico o tripulante es compatible con el alta en el RETA en su condición de trabajador autónomo [STSJ Galicia de 23 septiembre 1992 (AS 1992, 4186)].

⁶⁹ En este sentido, GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social", en AAVV, FERRANDO GARCÍA, F., (coord.), **La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)**, Edit. Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 55; PANIZO ROBLES, J.A., "Un nuevo paso en la Seguridad Social Consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006", **RTSS**, núm. 55/2006, pág. 159. En otro sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZYÁÑEZ, R., "El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social", **Relaciones Laborales**, núm. 20, 2006, pág. 113, mantienen que la finalidad de esta previsión es permitir el encuadramiento en el RETM de las mariscadoras por su actividad de recolección y cultivo de especies marinas, y en el RETA, cuando deciden simultanear esa actividad con la manipulación, envasado y comercialización de aquellas especies.

⁷⁰ Acuerdo suscrito por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, el 13 de julio de 2006.

⁷¹ Queda excluido del RETM el armador de un buque de pesca que desarrolla su actividad laboral exclusivamente en tierra [STSJ Galicia de 23 septiembre 1992 (AS 1992, 41869)].

⁷² Véase, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., **La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar**, cit., págs. 235 y 236, citando la STSJ Asturias de 28 mayo 1993 (AS 1993, 2227).

c) Los rederos que no realicen sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada, aun cuando se agrupen con otros para la realización de sus actividades, siempre que no empleen más de cuatro trabajadores a su servicio (art. 4 Reglamento).

Si bien la Disp. Final 3ª de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, añadió a las anteriores actividades marítimo-pesqueras, la realizada por los prácticos de puerto, dicha previsión fue inmediatamente derogada por la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004 (art. 45.Dos.3), aunque permaneció en la redacción del precepto hasta su supresión definitiva por la Disp. Ad. 16ª de la Ley 40/2007.

En fin, junto a los trabajadores por cuenta propia del mar citados, se hallan comprendidos en el RETM determinados familiares de éstos, a saber, el cónyuge y parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad, que trabajen con ellos de forma habitual y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen (art. 3 TR), concretamente, que convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente de él (art. 6 Reglamento).

Esta inclusión de los familiares del autónomo del mar en el RETM se halla directamente relacionada con la exclusión de laboralidad establecida en el art. 1.3.e) ET, basada en la dudosa concurrencia de la nota de dependencia en los trabajos realizados en el ámbito familiar. También en este caso se aprecian ciertos desajustes entre la regulación del RETM y los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. En primer lugar, la mayor amplitud del concepto de trabajos familiares (hasta tercer grado), que se explica por la anterior fecha de la normativa del mar. En segundo término, y a diferencia de los preceptos del ET y

LA FUTURA INTEGRACIÓN
DEL RETM EN EL RGSS
Y RETA, TRAERÁ CONSIGO,
COMO ES LÓGICO,
LA DESAPARICIÓN
DEL ISM

la LGSS, ni el art. 3 TR ni el art. 6 de su Reglamento admiten de forma explícita prueba en contrario de la consideración del pariente colaborador como trabajador por cuenta propia del mar. Pese a ello, la doctrina ha afirmado que la naturaleza *iuris tantum* de esta inclusión se halla implícita en la exigencia de que el pariente dependa económicamente del trabajador del mar, de forma que si se demuestra que ésta no se da, vgr. porque realiza una actividad por cuenta ajena a cambio de una retribución, no procederá la inclusión en el RETM⁷³.

C) Exclusiones

El elenco de actividades cuya realización por cuenta propia en las condiciones de habitualidad y medio fundamental de vida determina la inclusión en el ámbito de aplicación del RETM constituye una lista cerrada⁷⁴, únicamente alterada en su número por reformas y adiciones normativas. El listado de actividades no coincide con el considerablemente más extenso de actividades por cuenta ajena recogido en el art. 2.1 TR.

Corolario de lo anterior es que la doctrina judicial haya denegado con rotundidad el alta en este Régimen especial a quienes realizaran actividades distintas de las enunciadas respecto de los trabajadores por cuenta propia. Tal es el caso del administrador único de una empresa dedicada a servicios auxiliares de tráfico marítimo⁷⁵, y de los Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante inscritos en el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante⁷⁶.

III. PREVISIONES DE FUTURO: HACIA LA INTEGRACIÓN DEL RETM EN LOS RÉGIMENES MAYORITARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Pese a tener su base objetiva, de conformidad con el art. 10.1 LGSS, en las peculiares condiciones de la actividad determinante del encuadramiento, el número de Régimenes Especiales⁷⁷ existente en la actualidad es,

⁷³ En este sentido, véase VICENTE PALACIO, A., *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág. 42.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 33.

⁷⁵ STSJ Murcia de 13 julio 1998 (AS 1998, 6753).

⁷⁶ Estos quedan incluidos en el RETA (Orden de 6 abril 1981).

⁷⁷ Estos son, según el art. 10.2 LGSS los siguientes: a) Régimen Especial Agrario; b) Régimen Especial de Trabajadores del Mar; c) Régimen de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos; d) Régimen de funcionarios públicos; e) Régimen de Empleados de Hogar; f) Régimen de estudiantes. A ellos debe añadirse el Régimen de la Minería del Carbón (regulado por el RD 298/1973, de 8 de febrero), que no aparece expresamente citado en el precepto mencionado.

según la doctrina mayoritaria, excesivo, y sin perjuicio de la necesidad de ciertas previsiones específicas, parece injustificada su configuración como tales Regímenes diferenciados en un buen número de casos.

A esta circunstancia se une el hecho de que el RGSS soporte el gran peso del déficit y de las deficiencias del resto (agrario, mar, empleados de hogar, autónomos)⁷⁸. Concretamente, en relación con el RETM, algún autor considera conveniente su desaparición dada la complicada situación financiera que atraviesa, derivada de las actuales circunstancias demográficas – aludiendo al envejecimiento y escaso número de la población pesquera–, económicas, ecológicas y políticas que afectan al sector pesquero⁷⁹.

Advertidas estas circunstancias, tanto la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo, como el apartado I del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996, propusieron una estructura bipolar del nivel contributivo de la Seguridad Social, organizada en dos únicos regímenes: un Régimen General de Trabajadores por Cuenta Ajena, donde se hallarían integrados todos los trabajadores de dicha naturaleza, y un Régimen General de Trabajadores por Cuenta Propia, en el que quedarían encuadrados todos los trabajadores no asalariados.

No obstante, la propia Recomendación admitía la posibilidad de contemplar las “peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.” Esta previsión puede continuar justificando la existencia de una protección diversificada en el ámbito de la Seguridad Social⁸⁰, mediante la eventual previsión de un sistema especial para aquellos colectivos de trabajadores del mar que lo precisen.

La mencionada Recomendación fue posteriormente reiterada en el apartado VII del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social firmado el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, CEOE-CEPYME y CC.OO, que previó asimismo la integración

gradual en el RETA, primeramente de los trabajadores autónomos del REA (ya ultimada mediante la creación del correspondiente sistema especial)⁸¹ y, con posterioridad, del RETM.

Ahora bien, la creación de un sistema dual de Seguridad Social tiene como presupuesto la previa equiparación en prestaciones y obligaciones de los

cotizantes incluidos en los antiguos Regímenes Especiales a las previstas para los trabajadores de los Regímenes mayoritarios de destino. Por ello, el precitado Pacto de Toledo (Recomendación 4ª) puso de manifiesto la necesidad de homogeneizar el contenido de la acción protectora del nivel

AÚN NO SE HA PREVISTO
LEGISLATIVAMENTE LA
INTEGRACIÓN DEL RETM,
QUIZÁ DEBIDO A LAS
PARTICULARES CONDICIONES
POR LAS QUE ATRAVIESA EL
SECTOR PESQUERO

contributivo. La aproximación previa entre los distintos Regímenes constituye tanto una exigencia de equidad que debe presidir el sistema de protección social, como una garantía de integración escalonada y no traumática de los colectivos afectados.

Así, de forma paulatina, diversas reformas han afectado a la protección social de los trabajadores por cuenta propia del RETM, procurando una regulación idéntica a la prevista para los autónomos del resto de los Regímenes especiales, vgr. mediante el reconocimiento de las prestaciones económicas por IT derivada de contingencias comunes desde el cuarto día de la baja⁸²; la exigencia de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, y la aplicación del mecanismo de invitación al pago previsto para los trabajadores del RETA⁸³. Igualmente, se ha tendido a la equiparación de la protección de los trabajadores por cuenta ajena del mar y del RGSS, en virtud de la aplicación común de determinados preceptos de la LGSS señalados en la Disp. Ad. 8ª de la misma; y por medio de la expre-

⁷⁸ BARRADA RODRÍGUEZ, A., GONZALO GONZÁLEZ, B., *La Financiación de la Protección Social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, CES, Colección Estudios, Madrid, 1997, págs. 132, 139 y 140.

⁷⁹ VICENTE PALACIO, A., *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, cit., pág. 14.

⁸⁰ Según ha advertido BLASCO LAHOZ, J.F., *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 71.

⁸¹ Véase la Ley 18/2007, de 4 de julio, sobre integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA. En cuanto a los trabajadores por cuenta ajena del REA, el Acuerdo dispuso la constitución de una Mesa con el fin de analizar las posibilidades de su inclusión en el RGSS.

⁸² Véanse, la Disp. Ad. 37 LGSS y el art. 10 RD 1273/2003, de 10 de octubre.

⁸³ Según la Disp. Ad. 39 LGSS introducida por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

sa equiparación en cuanto a prestaciones por maternidad y paternidad (Disp. Ad. 11ª bis LGSS), etc.

Con todo, la lentitud del proceso de equiparación determinó que la Resolución del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003, por la que se renueva el Pacto de Toledo, constatará la necesidad de agilizar, en mayor medida, la labor iniciada a efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes.

Tanto es así, que aún no se ha previsto legislativamente la integración del RETM, quizá debido a las particulares condiciones por las que atraviesa el sector pesquero, que desaconsejan equiparar, obviamente al alza, las cotizaciones de los trabajadores del mar a las que soportan los trabajadores en el RGSS y el RETA. Esta sería, en efecto, una consecuencia probable de dicha integración⁸⁴, toda vez que la Resolución del Congreso de los Diputados de 2 de octubre de 2003, dispone que la equiparación en la protección de los diferentes colectivos deberá realizarse *“sin olvidar la adecuada correspondencia que debe existir entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora dispensada”*, si bien admite la posibilidad de que las especialidades que proceda mantener *“sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social”*.

Posiblemente, las especialidades en materia de cotización, en lo que concierne al cálculo de la base para los trabajadores retribuidos a la parte, y a los coeficientes reductores aplicables, sean las cuestiones de más difícil tratamiento en la integración del RETM en los regímenes mayoritarios, requiriendo con mayor o menor extensión su conservación mediante previsiones *ad hoc*. No así las diferencias en sede de acción protectora, de poca relevancia, y que -salvo en lo que concierne a la reducción de la edad de jubilación⁸⁵, o la comentada exclusión de la protección por desempleo y FOGASA de determinados colectivos asimilados a los trabajadores por cuenta ajena-, se deben a la naturaleza mixta del régimen, de forma que la inclusión de cada colectivo en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o propia que corresponda contribuirá a su normalización.

La futura integración del RETM en el RGSS y RETA, traerá consigo, como es lógico, la desaparición del ISM, cuya pervivencia hasta hoy como Entidad gestora específica resulta incongruente con los principios de unidad gestora, solidaridad financiera, caja única y racionalidad y eficacia administrativa, que inspiraron la reforma operada por el RD-Ley 36/1978, en materia de gestión institucional de la Seguridad Social⁸⁶. ●

⁸⁴ Así se dispuso para los autónomos del REA en la Disp. Ad. 36ª LGSS.

⁸⁵ Regulada por RD 2390/2004, de 30 de diciembre, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

⁸⁶ SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., *La gestión de la Seguridad Social en España*, cit., págs. 164 y 165.

SEGURO ESCOLAR

Fernando BONACHE BERMEJO

Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

El Seguro Escolar se establece en España por la Ley de 17 de julio de 1953, aunque posteriormente se han publicado numerosas disposiciones de diferente rango (Decretos, Órdenes, Resoluciones, Circulares) que vienen principalmente a extender la acción protectora así como a la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Seguro Escolar. En la actualidad la tendencia más importante que se está produciendo es que la gestión de la Asistencia Sanitaria para este colectivo se lleve a cabo por los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas, quedando la gestión de las prestaciones económicas dentro del ámbito de gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Es importante señalar que actualmente en el campo de aplicación del Seguro Escolar están incluidos todos los estudiantes españoles y extranjeros, con edades comprendidas entre 14 y 28 años. El colectivo incluido en su ámbito de protección se estima que se sitúa aproximadamente en 3,5 millones de

EN EL CAMPO DE
APLICACIÓN DEL SEGURO
ESCOLAR ESTÁN INCLUIDOS
TODOS LOS ESTUDIANTES
ESPAÑOLES
Y EXTRANJEROS,
CON EDADES
COMPRENDIDAS ENTRE
14 Y 28 AÑOS

estudiantes, lo que supone alrededor de un 40 % sobre el total de estudiantes - 8,5 millones -.

Por tanto, quedan fuera del campo de aplicación del Seguro Escolar el ciclo de enseñanza infantil así como el ciclo de educación primaria y los dos primeros cursos de enseñanza secundaria que agrupan, actualmente, un colectivo aproximado de 5 millones de alumnos.

I. CATÁLOGO DE PRESTACIONES

Como ya se ha indicado, la actual acción protectora del Seguro Escolar se estructura en dos ramas de protección: *económica y sanitaria*.

I. A) RAMA ECONÓMICA:

En cuanto a las *prestaciones económicas* comprendidas dentro del Seguro Escolar cabe destacar las siguientes:

- Gastos de sepelio.
- Infortunio familiar.
- Incapacidad permanente y absoluta para los estudios derivada de accidente escolar.
- Gran invalidez para los estudios por accidente escolar.

Para tener derecho a las prestaciones el estudiante debe estar incluido dentro del *campo de aplicación* del Seguro Escolar; es decir, es necesario, en primer lugar, determinar cuáles son los estudios protegidos y que en caso de producirse una situación de necesidad pueda tener la misma cobertura a cargo de este Seguro, y por tanto, un derecho a prestación.

En consecuencia, cabe destacar que se deben cumplir por los estudiantes de forma general los siguientes requisitos:

● ESTUDIANTES MENORES DE 28 AÑOS DE EDAD

● **ESTUDIOS (POSTOBLIGATORIOS):** Tal y como se ha indicado anteriormente, el campo de aplicación se ha ido extendiendo de acuerdo con la publicación de nuevas leyes de Educación (LOEGB, LOGSE, LOU...) de tal manera que siempre se ha mantenido un criterio amplio para incluir todos los estudios postobligatorios de carácter oficial que se imparten en España. En este sentido, y a modo de ejemplo, conviene señalar que se han ido produciendo inclusiones dentro del campo de protección del Seguro Escolar, algunas tan diferentes como pueden ser:

- Los estudios superiores en conservatorios de música
- La enseñanza en arte dramático
- Las prácticas realizadas por universitarios en empresas
- La educación secundaria de personas adultas.

En la actualidad, y dentro del ámbito de aplicación, cabe citar los estudios que a continuación se indican, ya no sólo por su importancia educativa sino por el mayor número de alumnos que se encuentran cursando los mismos y que forman la base del colectivo protegido en el Seguro Escolar:

● 3º Y 4º ESO/BACHILLERATO

● FORMACIÓN PROFESIONAL

● **UNIVERSITARIOS** (Grados medios y superiores así como el doctorado)

Una vez que se ha hecho referencia al campo de aplicación, es necesario indicar el resto de requisitos

que los estudiantes deben cumplir para tener acceso al nivel de protección dispensado por el Seguro Escolar:

● RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA

● ESTAR MATRICULADOS EN UNA ENSEÑANZA OFICIAL INCLUIDA DENTRO DEL CAMPO DE APLICACIÓN DEL SEGURO ESCOLAR

● PAGO DE CUOTAS DE MATRÍCULA DEL CURSO ESCOLAR CORRESPONDIENTE

Por último, y a modo de resumen, se indican las cuantías que actualmente perciben los estudiantes a cargo del Seguro Escolar y de acuerdo con las prestaciones económicas previstas:

● INDEMNIZACIONES Y PENSIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE Y ABSOLUTA PARA LOS ESTUDIOS (sólo en los supuestos de accidente escolar)

● **CUANTÍA** (Pago único de 150,25 € a 601,01 €)

● GRAN INVALIDEZ (solo en los supuestos de accidente escolar) :

● **CUANTÍA** : 144,24 € ANUALES

● FALLECIMIENTO (GASTOS DE SEPELIO)

● CUANTÍAS:

Misma localidad : 30,05 €

Distinta localidad : 30,05 a 120,20 €

Con cargas familiares : 300,51€

● INFORTUNIO FAMILIAR

● CUANTÍAS:

86,55 €

103,85 € Familia Numerosa GENERAL

129,82 € Familia Numerosa ESPECIAL

Dentro del infortunio familiar se incluyen dos situaciones:

- El fallecimiento del cabeza de familia, tanto padre como madre, siempre que aporten ingresos a la economía familiar.
- Ruina o quiebra familiar que determine la absoluta imposibilidad de continuar los estudios por falta de medios económicos.
- Está establecido que para el cobro de la prestación de infortunio familiar en el caso de fallecimiento del cabeza de familia, no se supere, durante el resto de la vida escolar del estudiante, el límite de rentas de 6.010,12 € al año por cada miembro de la unidad familiar, teniendo en cuenta a todos los miembros de dicha unidad familiar que convivan con el estudiante, así como los ingresos de todos ellos.

Como puede observarse, la cuantía de las prestaciones está totalmente obsoleta, lo que supone que verdaderamente el ámbito de protección del Seguro Escolar no proteja en la realidad las contingencias que en el mismo se prevén, pues dichas cuantías son totalmente insuficientes para que hoy día se pueda hacer frente a la problemática específica surgida. A modo de ejemplo, la cuantía actual por infortunio familiar citada anteriormente se estableció por Orden de 27 de junio de 1963.

En consonancia con lo expuesto, hay también que señalar que las cuotas establecidas y que pagan los estudiantes en la matrículas se encuentran también obsoletas –2,24 € por estudiante y curso académico, correspondiendo al alumno el pago del 50% y el otro 50% restante al Ministerio de Educación y Ciencia–.

Por tanto, los ingresos se obtienen del pago por el estudiante al realizar la matrícula académica de 1,12 euros (187 Ptas.) y por el citado Ministerio de Educación y Ciencia mediante el ingreso de la misma cantidad por estudiante. La cuantía de las citadas cuotas no se actualiza desde 1985, por tanto, las citadas cantidades se actualizaron por última vez mediante el Real Decreto 1633/85, de 28 de agosto.

SIEMPRE SE HA
MANTENIDO UN CRITERIO
AMPLIO PARA INCLUIR
TODOS LOS ESTUDIOS
POSTOBLIGATORIOS DE
CARÁCTER OFICIAL QUE SE
IMPARTEN EN ESPAÑA

I. B) RAMA SANITARIA:

Respecto a las *prestaciones sanitarias*, hay que diferenciar básicamente la protección llevada cabo en los supuestos de accidente escolar del resto de enfermedades contraídas por los estudiantes.

En concreto la protección se puede estructurar de la siguiente forma:

1.-Accidente escolar:

Se considera accidente escolar toda lesión corporal que sufra el asegurado con ocasión de actividades directas o indirectamente relacionadas con su condición de estudiante, incluidas las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas o de fin de carrera o similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas o autorizadas por los Centros de Enseñanza.

En caso de accidente escolar, el estudiante tiene derecho a asistencia médica y farmacéutica durante un año, incluida la hospitalización e intervención quirúrgica, así como acceso a aparatos de prótesis u ortopedia y tratamiento de rehabilitación necesario.

El Seguro Escolar, al igual que la protección por contingencias profesionales dispensada a trabajadores en activo, está pensado para que el nivel de protección que se preste a los estudiantes sea el mayor posible.

2.-Enfermedad:

Por razón de enfermedad la acción protectora del Seguro Escolar incluye:

- Cirugía general
- Neuropsiquiatría
- Tocología
- Tuberculosis pulmonar y ósea.

Conviene señalar que la protección ante los casos de enfermedad no nació de forma global y conjunta sino que se fue incorporando progresivamente un mayor nivel de protección sanitaria a medida que se iban aprobando órdenes que mejoraban el ámbito de protección sanitario y sobre todo pensando en las enfermedades que en mayor medida podía sufrir en esa época la población estudiantil y en una estructura sanitaria de los años 50. A modo de ejemplo cabe citar la ampliación y cobertura de la asistencia sanitaria para la tuberculosis pulmonar (Orden de 6 de junio de 1956), así como la prestación de tocología (Orden de 21 de abril de 1965).

Como puede observarse este modelo de protección está ya muy alejado del modelo cuasi-universalista existente en la actualidad y, en consecuencia, parece oportuno realizar su debida adaptación al sistema actual sanitario.

En este sentido, cabe destacar que actualmente en el Seguro Escolar todavía existen prestaciones gratificables tanto en técnicas de diagnóstico como de curación de la enfermedad, que refuerzan la necesidad de adaptación de la protección sanitaria a estos colectivos. (Prestaciones gratificables: Fisioterapia, quimioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia y cirugía maxilofacial.)

Por tanto, el modelo se fue desarrollando para que en caso de enfermedad el Seguro Escolar cubriera la asistencia médica completa, incluida la hospitalización y no sólo las consultas y, en consecuencia, la asistencia médica se presta tanto en los Centros Públicos del Sistema Nacional de Salud como en los Centros sanitarios concertados o Colaboradores propios del Seguro Escolar.

En los casos en los que el estudiante acuda a los Centros Privados no concertados, el Seguro escolar abonará las facturas según tarifa, corriendo a cargo del estudiante la posible diferencia si la hubiese.

Estas tarifas son las aprobadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y están basadas en un sistema en el que se paga por acto médico y por cada acto quirúrgico. Las tarifas se establecen en razón a criterios de valoración

sobre la mayor o menor complejidad de los actos sanitarios. Este sistema tan complejo y alejado de la realidad, no es utilizado en general en la facturación de la prestación de la asistencia sanitaria.

Por otra parte, las tarifas se encuentran sin actualizar desde 1994, ya que no se ha procedido a su revisión ni aplicación del IPC. La última actualización se realizó en dicho año mediante Circular 23/94, de 3 de agosto y posteriormente solamente ha habido pequeños retoques en el año 2003 mediante la Circular 1/2003, de 23 de enero, por la que se incorporaron nuevas valoraciones de procesos médicos que no figuraban en las tarifas anteriormente aprobadas.

EL SEGURO ESCOLAR [...] ESTÁ PENSADO PARA QUE EL NIVEL DE PROTECCIÓN QUE SE PRESTE A LOS ESTUDIANTES SEA EL MAYOR POSIBLE

3.-Situación actual

En la actualidad se puede afirmar que se está produciendo una doble protección en la prestación de Asistencia Sanitaria por la Seguridad Social, dado que en la inmensa mayoría de los casos, el estudiante está protegido, por un lado, por el Seguro Escolar y como beneficiario de un titular con derecho a la asistencia sanitaria, por otro.

La asistencia sanitaria se constituye en la prestación más importante, dado que es la que más recursos económicos necesita para su financiación. En el año 2007 las diferentes prestaciones de atención sanitaria otorgadas por este seguro constituyeron un 98,41 % del total del gasto. Por el contrario, el resto de prestaciones adquiere un carácter residual debido principalmente, tal y como se ha indicado, a las exiguas cuantías que se reconocen ante las situaciones de necesidad. Cabe recordar que dichas cuantías están en función de los pequeños importes recaudados por cuotas y con el fin de mantener un equilibrio financiero.

La asistencia sanitaria se dispensa generalmente, y salvo casos de urgencia grave, a través de hospitales o servicios sanitarios privados bajo las fórmulas jurídicas de concierto o colaboración, autorizada por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social. La citada forma de prestar los servicios de asistencia médica permite una facturación directa entre el INSS y la entidad que presta dicha asistencia, evitando así que el estudiante deba anticipar el coste de la prestación. La facturación se realiza de acuerdo con el sistema de tarifas citado anteriormente.

Por otro lado, el Ministerio de Administraciones Públicas en coordinación con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, está llevando a cabo ponencias técnicas para aprobar, mediante Acuerdos de las Comisiones Mixtas de Transferencias, el traspaso a las Comunidades Autónomas de los medios adscritos a las funciones y servicios que tienen por objeto la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar.

Las Comunidades Autónomas que se han hecho cargo de la gestión en materia sanitaria desde el año 2006 son las siguientes:

- **CASTILLA LA MANCHA**
(R.D. 361/2006, de 27 de marzo)
- **EXTREMADURA**
(R.D. 362/2006, de 27 de marzo)
- **ARAGÓN**
(R.D. 779/2006, de 23 de junio)

● ISLAS BALEARES

(R.D. 1190/2006, de 13 de octubre)

Dichas transferencias permiten unificar y homologar toda la protección en materia de asistencia sanitaria de todos los colectivos incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social y permite prestar la asistencia sanitaria del Seguro Escolar en las mismas condiciones que a los trabajadores activos y bajo las mismas cartas de servicios del Sistema Sanitario. No hay que olvidar que el colectivo de estudiantes está mencionado en los apartados d) y f) de los Artículos 7 y 10 del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente, por lo que el tratamiento de la asistencia sanitaria para este colectivo estudiantil debe ser uniforme con el resto de colectivos activos, al estar igualmente dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social.

Esta nueva regulación subsana los actuales problemas que se están originando entre la dispensación de la citada asistencia sanitaria por un Servicio Público de Salud y una entidad privada, dado que la mayoría de los estudiantes optan por un servicio privado con el fin de agilizar la prestación dispensada, lo que supone que dentro del campo de actuación del sistema exista una opción muy favorable para este colectivo y que en la

LA ASISTENCIA SANITARIA SE
CONSTITUYE
EN LA PRESTACIÓN MÁS
IMPORTANTE, DADO
QUE ES LA QUE MÁS
RECURSOS ECONÓMICOS
NECESITA

actualidad no se produce en ningún otro colectivo protegido e incluido dentro del ámbito del Texto Refundido por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social.

En general la protección sanitaria dispensada por los Servicios Públi-

cos de Salud coincide con la del Seguro Escolar. Solamente se puede afirmar que puede existir un mayor ámbito de protección de la asistencia sanitaria por el Seguro Escolar en determinadas prestaciones de psiquiatría y la rama de odontología derivada de Accidente Escolar, pero dicha mayor cobertura se considera residual. El resto de las prestaciones sanitarias son protegidas por el Sistema Público de Salud con igual o incluso mayor protección, dado que la extensión de la asistencia sanitaria del Seguro Escolar se limita a que el estudiante siga matriculado o en algunos casos, y con carácter excepcional, se prorroga durante un año más (Accidente Escolar). ●

LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO

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

154

1.- Justificación histórica

“Frente al modelo ideal y abstracto de una Seguridad Social para todos, e igual para todos, característico de la concepción ideal del seguro total, la evolución real de nuestro sistema de protección social ha discurrido por otros caminos más complejos y menos igualitaristas”¹. No cabe ocultar cómo, al día de hoy, sigue ocupando un lugar central en la definición de la estructura del sistema de Seguridad Social un principio tradicional de nuestra legislación histórica: “el parámetro de pluralidad de regímenes con su corolario principio de especialidad”², dentro del cual ocupan un lugar muy destacado los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos, en los que anida —en la opi-

nión de algunos autores— “la mayor desigualdad, la insolidaridad máxima y la disgregación normativa y operativa más graves,” capaces de contribuir “al peor síntoma de descomposición del pretendido sistema unificado”³.

Retrotrayendo la mirada años atrás, no cabe pasar por alto cómo el diseño inicial de los regímenes especiales de funcionarios públicos vino a constituir una expresión más de lo que la doctrina vino denominando “situación de privilegio de éstos en relación con el trabajador privado”⁴. Al igual que otros ejemplos comparados, la Administración Pública española fue precoz en la creación de sistemas de protección social de los empleados públicos en un momento en que la Seguridad Social no existía; haciendo referencia directa a

¹ MONTOTOY MELGAR, A.: “La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones,” RPS, núm. 98, 1973, pág. 23.

² MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social,” en VV.AA (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, N., Coords.): Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Granada, 1999, pág. 184.

³ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España, Madrid, 1995, pág. 35.

⁴ JORDANA DE POZAS, L.: “La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España,” CPS, núm. 12, 1951, págs. 17-18 ó GARCÍA PASCUAL, P.: “La permanencia y la Seguridad Social del personal de la Administración Pública,” DA, núm. 30, 1960, pág. 25.

los riesgos que amenazan la normalidad del ingreso procedente del trabajo, aquéllos disfrutaron mucho antes que nadie de una serie de derechos muy estimables: permisos de enfermedad con todo o parte del sueldo, descanso retribuido por maternidad, jubilación anticipada (de nuevo con la integridad de sus retribuciones), pensión extraordinaria en caso de fallecimiento cuando la invalidez o la muerte sobrevenían en acto de servicio, utilización gratuita (para las fuerzas armadas y otros sectores burocráticos) de servicios médicos y farmacéuticos, y, sobre todo, pensiones de retiro o jubilación y de viudedad y orfandad⁵. No puede parecer extraño, por tanto, que la situación de los funcionarios haya sido durante largo tiempo el prototipo o modelo al que tendían en sus luchas o en sus estudios las organizaciones obreras y los reformadores sociales, al punto de poder afirmar que casi todas las medidas concretas de Seguridad Social aparecen en la normativa de funcionarios cincuenta o más años antes que en la legislación general del trabajo. No obstante lo anterior, esta situación se invirtió a posteriori con la aparición de la Seguridad Social laboral, cuyos mecanismos de cobertura superaron con creces al sistema de clases pasivas⁶; es más, al examinar en el momento actual la situación respectiva de los funcionarios públicos y de los trabajadores por cuenta ajena desde el punto de vista de la protección social llama extraordinariamente la atención que ahora –y ya desde principios del siglo pasado⁷– sea el trabajador privado quien está “más protegido contra los riesgos o peligros de inseguridad, y el funcionario el que se encuentra más desamparado o insuficientemente cubierto”⁸.

Sin perder de vista esta perspectiva histórica, cabe recordar también que el colectivo objeto de este estudio quedó aparentemente incluido en el sistema de seguro público cuando la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, estableció de modo expreso cómo “los funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación” quedarían compren-

EL DISEÑO INICIAL DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS VINO A CONSTITUIR UNA SITUACIÓN DE PRIVILEGIO DE ÉSTOS EN RELACIÓN CON EL TRABAJADOR PRIVADO

didos en el campo de aplicación de la Seguridad Social (Base 2ª), si bien encuadrados en regímenes especiales (Base 3ª), conforme ya había anunciado la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado, de 20 de julio de 1963 (en cuya Base 10,

apartado 7º, aparecía la promesa de establecer un régimen especial de la Seguridad Social para los funcionarios)⁹. Ya en aquel contexto, su inclusión legal en el sistema de Seguridad Social no era sino mero artificio, “una simulación que, sin embargo, permitía su real y absoluta excepcionalidad –la emancipación de sus principios y reglas de concurrencia y aplicativas– con respecto a los demás regímenes”, conservando sin alteraciones inmediatas la legislación previa –la precedente a la constitución del nuevo sistema integrado– referida a los derechos pasivos. Es más, aun cuando dicha excepcionalidad tenía una vigencia sólo circunstancial (la propia de la primera fase de un proceso evolutivo cuya culminación debería tener lugar –según dispone la propia Ley de Bases de la Seguridad Social– “... cuando las circunstancias lo toleren y la experiencia... lo aconseje”), lo cierto es que, en la práctica, se ha producido una contradicción grave, derivada del hecho de eternizar esa primera fase evolutiva, manteniendo sin apenas alteraciones sus peculiaridades, inercias y desigualdades a través de las distintas reformas legislativas habidas tras la referida Ley de Bases, perpetuándose sine die la existencia de un sistema propio de protección social de los funcionarios públicos, que no parece sino “una reliquia de otros tiempos”¹⁰.

⁵ CARRASCO BELINCHÓN, J.: “El Estatuto de clases pasivas y la Seguridad Social del funcionario público”, DA, núm. 12, 1958, pág. 28.

⁶ Llegándose a denominar este fenómeno “funcionarización del trabajador y proletarización del funcionario.” BLANCO, J.A.: “La sobrevenida inferioridad de los funcionarios públicos”, DA, núm. 71, 1963, págs. 9 y ss.

⁷ JUNQUERA GONZÁLEZ, J.: “Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado”, DA, núm. 164, 1975, pág. 133. En el mismo sentido, ORADTECLES, A.: “Supervivencia contra Ley de un trato perjudicial a los derechos pasivos de la mujer funcionario”, DA, núm. 107, 1966, págs. 33-45 ó DE FRUTOS ISABEL, J.A.: “Una laguna en el régimen jurídico de los funcionarios públicos: el supuesto de accidente”, DA, núm. 126, 1968, págs. 31-47.

⁸ JORDANA DE POZAS, L.: “La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España”, cit., pág. 20.

⁹ GARCÍA NINET, J.I. y DOLZ LAGO, M.J.: “Regímenes especiales de funcionarios”, en VV.AA (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): Derecho de la Seguridad Social, Valencia, 1997, pág. 709.

¹⁰ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: Seguridad Social de los funcionarios públicos en España, Madrid, 1997, pág. 13.

2.- El progresivo proceso de acercamiento entre los regímenes especiales de funcionarios públicos y el régimen general de la Seguridad Social

La estructura del sistema público de Seguridad Social sigue girando en torno a la existencia de un régimen general (trabajadores por cuenta ajena) y diferentes regímenes especiales (trabajadores autónomos, del campo –recientemente reestructurado–, del mar, empleados de hogar, minería del carbón, estudiantes y funcionarios). Esta pluralidad de regímenes, “excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad socio-económica actual, confusa y de complicada gestión”, opera, en la práctica, como una modalidad asistencial esencialmente desigual, pues una misma situación protegida dispone de atención diferenciada, en extensión o intensidad, según cual sea el grupo profesional al que el necesitado pertenece¹¹. Irrenunciables imperativos de certeza y coherencia, así como de igualdad, han provocado reacciones –cada vez más frecuentes– en favor de una racionalización y mejor sistematización estructural que lejos de permanecer en meros argumentos doctrinales abogan por la implicación necesaria de partidos políticos, interlocutores sociales y grupos afectados¹². La integración de los regímenes sigue siendo, pues, una “constante aspiración” y una “permanente demanda” recogida con asiduidad no sólo en todos los análisis y programas de reformas gubernamentales en materia de

LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA ESPAÑOLA
FUE PRECOZ EN LA
CREACIÓN DE SISTEMAS DE
PROTECCIÓN SOCIAL
DE LOS EMPLEADOS
PÚBLICOS

Seguridad Social, sino también en los programas parlamentarios, sociales o concertados, y legislativos, de reforma de la deficiente fragmentación del sistema¹³, sugiriéndose a medio plazo la implantación de una nueva y distinta arquitectura mediante la reordenación en

dos únicos regímenes: el general y el de autónomos, cuyos respectivos ámbitos de cobertura habrían de recoger las oportunas particularidades de los colectivos a ellos incorporados a fin de encontrar acomodo en la realidad social¹⁴.

El hecho de que el régimen general y los especiales de funcionarios públicos adopten como punto de partida una actividad de idéntica naturaleza –dependiente y sometida–¹⁵ permite defender, sin demasiados problemas, la integración de los segundos en el primero¹⁶. Como con acierto se ha dicho, la Seguridad Social de los funcionarios públicos puede ser analizada “tomando como base la idea de que el funcionario es un trabajador por cuenta ajena que, como otro cualquiera, cede los frutos de su trabajo a cambio de una remuneración y de una serie de prestaciones conexas con la misma, una de las cuales sería precisamente la garantía contra determinados riesgos”¹⁷.

¹¹ DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, 1986, págs. 147 y ss.

¹² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)”, REDT, núm. 81, 1997, pág. 27.

¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social”, TS, núm. 131, 2001, pág. 38.

¹⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: “Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, RL, núm. 17, 1995, pág. 4.

¹⁵ Si una por una se fueran tomando las características que perfilan legalmente el contrato de trabajo a tenor del art. 1.1 ET (servicios voluntariamente prestados, retribuidos, por cuenta ajena y desarrollados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona), “se vería que convienen tanto a la relación funcional como a la relación laboral”. ALONSO OLEA, M.: “Los límites de una aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en VV.AA.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 52.

¹⁶ GONZALO GONZÁLEZ, B.: “El debate actual para la reforma de las pensiones”, TL, núm. 40, 1996, pág. 104. Apostando, más prudentemente, por un progresivo acercamiento entre los dos sistemas, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1988, pág. 94 ó CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona, 1996, pág. 340.

¹⁷ ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1957, págs. 16-17.

Sin apartar la atención de la premisa anterior, no conviene olvidar cómo en las tres últimas décadas –por no mencionar precedentes anteriores– se han dado notorios pasos en la homogeneización de trato entre ambos regímenes¹⁸, dentro de los cuales procede destacar (por no hacer la lista interminable pues las sucesivas reformas en materia de Seguridad Social han introducido –sin excepción– provisiones en este sentido) únicamente los dos últimos: de un lado, la mano de la disposición adicional decimosexta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en lo que se refiere fundamentalmente a la duración de la situación de incapacidad temporal; de otro, la disposición final tercera de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado en relación con las pensiones de viudedad y orfandad. Se trata, sin duda, de una manifestación más del irremediable proceso de equiparación que no es sino el correlato lógico a la creciente ósmosis entre sociedad civil y sociedad política, capaz de convertir al Estado actual en un Estado asistencial y de servicios. Ahora bien, tales intentos legislativos de integrar ambos complejos institucionales en un sistema de protección único han sido, en realidad, más formales que efectivos¹⁹, no en vano siguen existiendo ciertas diferencias entre ellos²⁰.

ES COMÚN CONFIGURAR LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS COMO UN RÉGIMEN EXTERNO O, MEJOR, COMO DIVERSOS REGÍMENES “PERIFÉRICOS” AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Estas divergencias no son, sin embargo, insalvables, habida cuenta la coincidencia en cuatro importantes extremos: los riesgos protegidos (vejez, incapacidad, muerte y supervivencia)²¹, el carácter de las contingencias (comunes –que dan lugar a prestaciones ordinarias en el régimen de clases pasivas– y profesionales –en acto de servicio o como consecuencia del mismo con derecho a prestaciones extraordinarias–), el sometimiento de las pensiones a las reglas anuales de fijación, limitación y revalorización fijadas por la Ley de Presupuestos, y la existencia de complementos a mínimos²² (Real Decreto 1761/2007, de 28 de diciembre). Es más, las especialidades propias de los regímenes aquí analizados han sido calificadas muchas veces como verdaderas taras, que, antes de ser mantenidas, ponen de manifiesto una urgente necesidad de reforma²³, con el objeto no sólo de conseguir la mayor aproximación al régimen general (más perfecto y acabado), sino su definitiva integración en el mismo.

3.- La necesaria corrección de algunos defectos de partida

Es común configurar la protección social de los funcionarios como un régimen externo o, mejor, como diversos regímenes “periféricos” al sistema de Seguridad Social, por cuanto están incluidos en los Presupuestos Generales del Estado y no en los propios de la Seguridad Social y se encuentran regulados por leyes específicas, criticadas muchas veces por las imperfecciones obrantes en las mismas²⁴, sobre todo si se tiene en cuenta los siguientes factores:

157

¹⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social””, RL, 1996, T. I, pág. 486.

¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en la Constitución Española”, en VV.AA.: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1488.

²⁰ CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado”, RSS, núm. 37, 1988, págs. 127 y ss.

²¹ ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Derechos pasivos”, en VV.AA.: Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo II, Madrid, 1995, pág. 2404.

²² DOLZ LAGO, M.J.: El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración civil del Estado, Valencia, 2004, págs. 365 y ss.

²³ Como con acierto se ha dicho, el régimen de clases pasivas “se nos muestra como una obra inacabada, en la que el paso del tiempo pone al descubierto su vetustez, la que no puede disimularse ni aun revocando su fachada con el estilo más moderno” CARRASCO BELINCHÓN, J.: “El sistema de clases pasivas y de Seguridad Social de los funcionarios públicos estatales. Su revisión”, RAP, núm. 39, 1962, pág. 427.

²⁴ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: Manual de Seguridad Social, Madrid, 2007, pág. 515.

3.1.- Dispersión normativa

“La numerosa y desconcertante”²⁵ normativa que regula los derechos pasivos de los funcionarios ha venido sucediéndose a lo largo del tiempo²⁶, sin que la posterior derogue a la anterior, que continúa vigente para los casos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. De este modo, y por fechas de entrada en vigor, una legislación aparece solapada a otra (de ahí su complejidad), si bien –como es lógico– el mero transcurso del tiempo va dejando a la más antigua vacía de supuestos y carente de aplicación²⁷.

“Esta complejidad es también resultado de la consagración de un principio que opera en el seno de la Administración Pública, llamado... el principio de ‘trato dispar’, el cual provoca que los regímenes jurídicos que regulan desigualmente esta fragmentada realidad no ofrezcan una imagen homogeneizadora y sí, por el contrario, manifiesten una visión cuasi caótica que lleva al intérprete a perderse materialmente entre los textos positivos”²⁸, destinados a la regulación de los tres regímenes especiales aquí analizados (funcionarios de la Administración civil del Estado, personal al servicio de las Fuerzas Armadas y personal al servicio de la Administración de Justicia) a los que luego se hará referencia. Es más, el denominado desde hace un largo tiempo fenómeno de “inflación legislativa”, que obedece única y exclusivamente a los cambios de los equilibrios de poder, a las tensiones y presiones políticas y sociales entre diversas categorías

LA EXISTENCIA DE UN
SISTEMA PROPIO DE
PROTECCIÓN SOCIAL
DE LOS FUNCIONARIOS
PÚBLICOS NO PARECE SINO
“UNA RELIQUIA DE OTROS
TIEMPOS”

de intereses, constituye una muestra evidente o una señal de su crisis o de su declinar como sistema de ordenación. La ausencia de una necesaria labor armonizadora en las sucesivas reformas ha originado, en su arrastre histórico, la consolidación de contradicciones, incoherencias, situaciones de infra o sobreprotección, invitaciones al fraude, etc.

A la “movilidad normativa casi vertiginosa” y al prolongado descuido del legislador en la elaboración de sus disposiciones, es necesario añadir también el encuadramiento de las incesantes modificaciones en lugares insólitos dentro o fuera del marco normal del Derecho de la Seguridad Social, impulsando significativos y desviados efectos de “desformalización” y de “deslocalización”, únicamente justificados por la exigencia de eficacia económica del proceso de producción jurídica: eliminar o reducir costes de gestión normativa²⁹. La confluencia de todos estos factores hacen que los regímenes especiales de funcionarios tomen cuerpo como una de las ramas de la Seguridad Social siempre en constante desarrollo, respondiendo a un proceso de continua aparición de conjuntos normativos, reformas constantes, nuevas reglas en sustitución de las anteriores y períodos de modificación acelerada junto a otros (los menos) de relativa calma. El caos está, pues, servido.

3.2.- Diversidad subjetiva crónica

La protección social de los funcionarios públicos se ha constituido históricamente no sólo a partir de un “régimen” único³⁰, sino por un “complicado abigarramiento de regímenes pensionísticos”³¹, desglosados en respuesta a criterios de organización diversos y nada homogéneos: naturaleza de las prestaciones (básicas o complementarias) y, al propio tiempo, diversidad de Administraciones Públicas de adscripción de los respectivos cuerpos o escalas a los que pueden pertenecer los funcionarios³².

²⁵ CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona, 1996, pág. 17.

²⁶ Que obedece, en definitiva, al “carácter aluvional de las reformas y enmiendas.” VIDA SORIA, J.: “Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas”, DA, núm. 71, 1963, pág. 78.

²⁷ CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado”, cit., pág. 125.

²⁸ DOLZ LAGO, M.J.: “La jubilación de los funcionarios públicos en España”, RTSS, núm. 32, 1982, pág. 259.

²⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del ‘Código de la Protección Social’”, RL, 1996, T.I, págs. 473 y ss.

³⁰ GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La estructura actual en la Seguridad Social española y su reforma*, Madrid, 1981, págs. 10 y ss. De ahí que incluso se aluda al “mal llamado régimen especial de la Seguridad Social de funcionarios.” TORTUERO PLAZA, J.L.: “Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcionarial integrado en los Fondos especiales”, REDT, núm. 49, 1991, pág. 837.

³¹ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, 1997, pág. 78, nota 119.

³² BLASCO LAHOZ, J.: *El régimen de clases pasivas del Estado*, Albacete, 2006, págs. 7 y ss.

En efecto, los grupos de personas a quienes afecta la Ley de Clases Pasivas del Estado (en adelante LCPE, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril –desarrollado por Real Decreto 172/1988, de 22 de febrero–) aparecen diferenciados entre sí porque algunos disfrutaban simultáneamente de un régimen mutualista³³ y otros no³⁴. Dentro de los primeros destacan los pertenecientes a tres grandes Mutualidades que, pese a sus semejanzas, mantienen, sin embargo, su independencia: 1) la general de funcionarios civiles del Estado, regulada por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, desarrollado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo; 2) la del personal al servicio de las fuerzas armadas, cuyo régimen jurídico viene recogido en el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, desarrollado por Real Decreto 1762/2007, de 21 de diciembre; y 3) la del personal al servicio de la Administración de Justicia, ordenada por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

No puede extrañar que la diversidad reseñada desequilibre la composición interna del régimen, dificulte la intercomunicación de sus diversos elementos e impida su eficaz conexión con los regímenes externos. Por tal razón, y como paso previo a la armonización de las especialidades de previsión de los funcionarios en el marco homogéneo del completo sistema previsor, es necesario unificar la protección dispensada al conjunto de los empleados públicos³⁵, hasta ahora diferenciada en su ámbito subjetivo simplemente por el hecho de atender “ancestrales privilegios o castas de profunda raigambre en el sector público”³⁶, pero carentes de justificación en la actualidad.

3.3.- Su limitado campo de aplicación

Se trata de un régimen o subsistema de regímenes que alcanza a poco más de la mitad de funcionarios públicos, por cuanto el resto ha quedado incorporado, sin más, al régimen general de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena dependientes del sector privado de la industria o los servicios. Así sucede, de manera significativa, con los siguientes colectivos³⁷: a) Funcionarios de organismos autónomos, al no haber sido elaborada aún la correspondiente disposición que regule un régimen especial en el cual queden encuadrados³⁸. b) Funcionarios interinos y eventuales (art. 1.1 Decreto Ley 10/1965, de 23 de septiembre y art. 2.1 Orden de 28 de abril de 1967), en tanto no dejan de ser funcionarios atípicos³⁹. c) Jueces y fiscales sustitutos que desempeñen tal función durante más de un mes o jueces, fiscales y secretarios en régimen de provisión temporal⁴⁰, además de los médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes interinos (art. 1 Real Decreto 960/1990, de 13 de julio). d) Funcionarios en prácticas aspirantes a una incorporación a cuerpos o escalas que no están sujetos al régimen de clases pasivas; también los altos cargos de las Administraciones públicas cuando no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas [art. 97.2 h) LGSS]. e) Funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la Administración de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso [art. 97.2 i) LGSS], respetándoles, no obstante, el derecho a permanecer en el régimen de previsión o de Seguridad Social que tuvieran en el momento de la transferencia de efectivos⁴¹. f) Espa-

³³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social. Responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social. Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid, 1993, págs. 288-289.

³⁴ Un estudio exhaustivo sobre la previsión social mutualista puede verse en MEILAN GIL, J.L.: “La vitalidad de la fórmula de aseguramiento”, DA, núm. 85, 1965, págs. 36-45. Por lo que hace en concreto a las Mutualidades de funcionarios, BALDASANO DE PADURA, M.: “El problema de la Seguridad Social de los funcionarios públicos”, DA, núm. 49, 1962, especialmente págs. 14-16; DE LA VILLA GIL, L.E.: “La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, RAP, núm. 40, 1963, págs. 121-175 ó CARRASCO BELINCHÓN, J.: “Mutualidades de funcionarios públicos: necesidad de una normativa general”, DA, núm. 86, 1965, págs. 67-70.

³⁵ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30.

³⁶ GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, cit., pág. 272.

³⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1997, págs. 436-438.

³⁸ STS, Cont-Admtivo, 10 febrero 1987 (RJ 1987, 583).

³⁹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 30 junio 1997 (AS 1997, 4552).

⁴⁰ STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 9 noviembre 1995 (AS 1995, 4448).

⁴¹ SSTSJ, Cont-Admtivo, Andalucía/Granada 28 junio 1999 (RJCA 1999, 1529) y 19 junio 2000 (RJCA 2000, 1415) y País Vasco 11 marzo 2005 (JUR 2005, 208636).

ños no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales (art. 1.1 Real Decreto 2805/1979, de 7 de diciembre). g) Funcionarios de las Comunidades Europeas (disposiciones adicionales 6ª y 15ª Ley 21/1993, de 29 de diciembre). h) Quienes, residiendo en España, presten servicios en la sede central de la Organización Mundial de Turismo (art. único Real Decreto 1975/1982, de 24 de julio). i) Aquéllos que desempeñen tareas en sedes centrales del Consejo Oleícola Internacional y en la Oficina de Educación Iberoamericana (art. único del Real Decreto 317/1985, de 6 de febrero). j) Los que tengan condición de funcionarios o empleados de la Agencia Espacial Europea (art. 1.1 Orden de 17 de mayo de 1994). k) Quienes ostenten la condición de funcionarios o empleados de la Delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (art. único Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1997). l) Cuantos tengan la condición de funcionarios o empleados del Cuartel General Conjunto Subregional Sudoeste de la Organización del Atlántico Norte (Orden de 8 de julio de 2002). m) Personal español no residente en territorio nacional al servicio de la Administración española en el extranjero (art. 1.1 Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto). n) Funcionarios de la Administración Local (art. 1.1 Real Decreto 480/1993, de 2 de abril)⁴². o) Personal de Administración y Servicios de las Universidades⁴³. p) Funcionarios de carrera de los cuerpos docentes regulados por la disposición adicional 7ª de la Ley Orgánica 2/2006.

Conviene poner el énfasis necesario en señalar que si el régimen general ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas, en número que no deja de crecer, para incorporar en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, nada debe impedir seguir avanzando en este camino con el fin de impedir que dos empleados públicos ocupados en puestos de trabajo equivalentes, y destinados en la misma dependencia administrativa, “dispongan de muy diferentes derechos pasivos y de distintos beneficios –en extensión e intensidad–”⁴⁴.

4.- Especialidades más destacadas

Con reflejar lo anterior una injustificada ruptura del carácter unitario del sistema de Seguridad Social capaz de justificar la integración de los regímenes especiales de funcionarios en el general, no son las únicas ni las principales críticas, necesitadas de urgente corrección, que pueden hacerse al modo en el cual aparece regulada la Seguridad Social de los funcionarios públicos; antes al contrario, lo más relevante y peculiar de su régimen jurídico radica en el hecho de aparecer estructurado de manera distinta, utilizar mecanismos de protección propios, proveer formas de dispensación de la asistencia sanitaria peculiares, apoyarse en principios parcialmente diferentes y utilizar reglas que afectan a la gestión, financiación y acción protectora también particulares⁴⁵. Tanto es así que algún sector doctrinal ha llegado a considerar a tales regímenes especiales de protección de los funcionarios públicos como “fronterizos”, casi externos al sistema de Seguridad Social, pues sólo son congruentes con éste por su naturaleza contributiva y su marcado carácter profesional.

Ahora bien, aun cuando “los órganos de gestión son diferentes, las prestaciones distintas y discontinuas y la financiación fraccionada y diversa”⁴⁶, lo cierto es que no son demasiados los aspectos que separan a los regímenes especiales de los funcionarios del régimen general. Manifestaciones claras a este respecto –en necesaria síntesis, pues un estudio detallado de las mismas excedería las pretensiones de este trabajo– son, entre otras, las siguientes:

4.1.- Estructura y gestión

La Administración del Estado (en concreto, el Ministerio de Hacienda) gestiona el régimen de clases pasivas (que reconoce pensiones vitalicias de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia) como una más de sus actividades, sin efectuar separación económica (autoaseguramiento) ni administrativa (gestión indiferenciada alguna), lo cual implica que, de modo

⁴² GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: “Integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de funcionarios de la Administración Local”, *Semana Jurídica*, núm. 9, 1996, págs. 339 y ss.

⁴³ VV.AA (SAGARDOY ABOGADOS): *Factbook. Seguridad Social*, 4ª edición, Pamplona, 2005, pág. 667.

⁴⁴ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 29.

⁴⁵ JUAZOS VALLES, F. y CERVERA I FORNAS, V.: “Diferentes regímenes de previsión social y problemática derivada de su inclusión en la Seguridad Social”, *RTSS (CEF)*, núm. 107, 1992, págs. 90 y ss.

⁴⁶ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 10.

distinto a otros regímenes de protección social con entidad gestora interpuesta, las relaciones jurídicas (entre empleado, empresario y asegurador) quedan simplificadas por la unidad de dos de las partes e identificada, por tanto, la relación de cotización o servicios cotizados y la relación de servicios funcionariales o servicios prestados al Estado. De ello resulta,

LA ADMINISTRACIÓN
DEL ESTADO
GESTIONA EL RÉGIMEN DE
CLASES PASIVAS
COMO UNA MÁS
DE SUS ACTIVIDADES,
SIN EFECTUAR SEPARACIÓN
ECONÓMICA
NI ADMINISTRATIVA

por un lado, una clara reducción de la actividad administrativa (afiliación, altas y bajas, cotización –en una aportación realmente inferior a la de la empresa privada– y recaudación) y, por otro, una alteración de los mecanismos de responsabilidad por pago incorrecto de cotizaciones o ausencia de las mismas, con su correspondiente incidencia en el derecho a las prestaciones. En términos generales, la prestación de servicios al Estado obliga a éste a realizar los descuentos en las nóminas de sus funcionarios para que aporten su cotización; de este modo, prestación de servicios y actividad cotizada vienen a ser lo mismo, dado que el propio Ente público es el obligado, pues al faltar las cotizaciones compensaría sus culpas mediante el pago de las prestaciones⁴⁷.

Cuestión distinta es que la estructura de acción protectora de estos regímenes especiales se ordene también a través de un segundo plano, complementario del nivel anterior de derechos pasivos, integrado por el mutualismo administrativo, que reconoce prestaciones por asistencia sanitaria, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente, total, absoluta y gran invalidez, indemnizaciones a tanto alzado por lesiones, mutilaciones o deformidades originadas por contingencias profe-

sionales, protección a la familia, servicios sociales y asistencia social⁴⁸. Es gestionado –como más adelante se tendrá ocasión de comprobar– por Entidades diferenciadas, propias de la protección social mutualista, siendo la segunda y la tercera adaptaciones o variantes de la primera: Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) o Mutualidad General Judicial (MUGEJU).

De lo anterior cabe colegir, además, que el principio constitucional de libertad para la creación de fórmulas de Seguridad Social complementaria (art. 41 CE) no es de aplicación a los funcionarios, quienes no pueden disponer de ayudas empresariales (cuotas de su Estado-patrono) para financiar regímenes tendentes a la expresada finalidad con una sola excepción, que constituye en sí misma un segundo motivo discriminatorio, cual es la de que tales regímenes complementarios se canalicen precisamente conforme a la figura de planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, pues las cantidades destinadas a financiar tales aportaciones tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida (art. 29 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–)⁴⁹.

4.2.- Actos de encuadramiento

Innecesaria es en el régimen aquí analizado la constitución de una relación jurídica expresa a través de los denominados actos de encuadramiento, pues la inclusión del funcionario tiene lugar –al contrario que en la relación laboral– de forma automática, a partir del momento en el cual el sujeto entra en el ámbito personal de cobertura, pudiendo afirmar que la pertenencia al régimen de derechos pasivos forma parte del propio estatuto del funcionario⁵⁰. La relación jurídica de la Seguridad Social se constituye así automáticamente, por imperativo legal, con base en el presupuesto de hecho de la toma de posesión del funcionario, lo cual no es sino lógica consecuencia de ser el Estado el sujeto obligado de la relación de Seguridad Social y, a la vez, el sujeto a quien presta servicios el funcionario, asumiendo el papel propio del empresario en el régimen general de la Seguridad Social⁵¹. Ello explica los

⁴⁷ CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado”, cit., pág. 131.

⁴⁸ LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARTLER CARRASCO, M.A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, RDS, núm. 25, 2004, pág. 31.

⁴⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30.

⁵⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1997, pág. 48.

⁵¹ ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª edición, Madrid, 1991, pág. 636.

términos utilizados por el régimen de clases pasivas, pues cuando alude a pensiones en favor del propio titular (a saber, jubilación e incapacidad) utiliza la expresión de “haberes reguladores” en lugar de “base reguladora”, e incluso de “haberes pasivos” en lugar de “pensiones”, si bien no es menos cierto que este último término se va imponiendo, en tanto la expresión “haberes pasivos” va cayendo en desuso⁵².

Ahora bien, si esa automaticidad es clara en los mecanismos protectores de clases pasivas, requiere cierta matización en el mutualismo administrativo, en el cual aparece interpuesto el acto de la incorporación a la Mutualidad. En efecto, tal incorporación requiere un acto administrativo secundario por el cual se adquiere la condición jurídica de mutualista, esto es, de sujeto protegido específicamente por dicha entidad. Su razón de ser estriba en que al ser la Mutualidad un ente instrumental con personalidad jurídica distinta a la del Estado y teniendo conferida la gestión de una función estatal, aquélla necesita conocer el colectivo de personas protegidas para programar con equilibrio sus costos y sus ingresos, función que en el régimen general cumple la afiliación; de ahí que la incorporación surta efectos de afiliación al sistema de Seguridad Social y su cumplimiento deba ser notificado a la entidad gestora encargada de la afiliación al sistema.

4.3.- Pensiones del sistema de derechos pasivos

Entrando ya de lleno en el análisis de las prestaciones, no cabe pasar por alto el progresivo acercamiento entre el régimen general y el de clases pasivas introducido por las sucesivas reformas que se han ido gestando, sobre todo, a partir de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, no en vano todas las prestaciones son consideradas “pensiones públicas” y en cuanto tales aparecen dotadas de una regulación uniforme en aquellos aspectos más significativos del conjunto de la materia pensionable: topes, revalorizaciones, incompatibilidades y cuantías mínimas⁵³.

ES NECESARIO UNIFICAR LA PROTECCIÓN DISPENSADA AL CONJUNTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Ahora bien, en el régimen de clases pasivas aparece clara la desconexión entre las retribuciones de activo y los haberes reguladores de las cotizaciones y de las prestaciones, en la medida que las retribuciones

básicas del funcionario (sueldo, pagas extraordinarias y antigüedad) dejan de ser la base sobre la cual calcular primero la cotización y después las pensiones (iniciales y revaloraciones) y se crean al efecto unas bases de cotización tarifadas, genéricas y no individuales (suprimidas, por contra, del sistema de la Seguridad Social por la Ley 24/1972, de 25 de junio, sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora)⁵⁴, a las cuales habrá de ser aplicado el porcentaje pertinente en función de los años de servicios prestados. Además, la consideración de una pensión como extraordinaria (aquella cuyo hecho causante –incapacidad o muerte– ha tenido lugar como acto de servicio o consecuencia del mismo)⁵⁵, previa incoación de un expediente denominado “de averiguación de causas”, comporta que para el cálculo de su cuantía el haber regulador haya sido tomado al 200 por 100 de su importe –lo cual no deja de ser singular–, sin que, por lo demás y como es lógico, para su otorgamiento sea requerido el cumplimiento de un período mínimo de servicios por el causante⁵⁶.

4.3.1.- Jubilación e incapacidad permanente

Bajo una única denominación “jubilación o retiro” quedan escondidas en el régimen de clases pasivas dos tipos de pensiones bien diferentes: por un lado, la jubilación (tanto forzosa como voluntaria o anticipada) que tiene como causa la llegada de una cierta edad⁵⁷; por otro, la llamada jubilación “por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”, que obviamente puede suceder a cualquier edad siempre y cuando el funcionario quede afectado por una lesión

⁵² ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1998, pág. 146.

⁵³ BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 8ª edición, Valencia, 2007, págs. 439 y ss.

⁵⁴ CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado”, cit., págs. 127-128.

⁵⁵ Entre muchas, STSJ, Cont-Admto, Madrid 20 abril 2006 (JUR 2006, 201252).

⁵⁶ BLASCO LAHOZ, J.: *El régimen de clases pasivas del Estado*, cit., págs. 12 y ss.

⁵⁷ Por todos, ROCA ROCA, E.: “El funcionario público y la tercera edad”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 192, 1976, págs. 753-788.

o proceso patológico, somático o psíquico, estabilizado e irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera (art. 28.2 LCPE)⁵⁸. “La nota común a las tres clases de jubilación (a las que procede añadir la parcial y la resultante de la prolongación de la vida activa por encima de la edad ordinaria de jubilación –art. 67 EBEP–) no radica (por tanto) ni en sus causas ni en la naturaleza de las mismas, sino (únicamente) en constituir todas ellas contingencias de las cuales, en principio, sea posible derivar una serie de prestaciones económicas”⁵⁹.

Lo realmente característico del régimen de clases pasivas es que no sólo la jubilación y la incapacidad quedan integradas bajo la común denominación de la primera, sino que –y esto es lo importante– reciben una regulación unitaria desde el punto de vista del cálculo de la pensión que en uno y otro caso quepa obtener⁶⁰, tomando en cuenta como base reguladora un haber que no coincide con el salario real sino que constituye un sueldo teórico fijado anualmente por la Ley de Presupuestos en función de cuerpos y categorías en las que hayan desarrollado su carrera profesional (art. 30 LCPE). Es más, cabe afirmar sin ambages que la pensión de jubilación forzosa por edad (sesenta y cinco años) aparece tras la reforma de 1985 como eje de todo el sistema de prestaciones con el fin último de otorgar a todas las situaciones protegidas un sustento teórico común. De este modo, las pensiones directas serán calculadas en función de la jubilación forzosa –o “como si” se hubiera producido tal jubilación– y las pensiones indirectas (viudedad, orfandad y en favor de padres) tomarán en cuenta la pensión que hubiera correspondido “realmente” o “idealmente” (fictio iuris) al jubilado⁶¹.

En concreto, la prestación a recibir por un funcionario aquejado de incapacidad permanente (después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presente reducciones anatómicas y funcionales graves que disminuyen o

anulan su capacidad para el servicio –art. 23.1 LCPE– se calcula como un anticipo de la pensión que, en concepto de jubilación o retiro, hubiera obtenido el funcionario al cumplir la edad forzosa establecida al efecto, computando a tal fin como tiempo de servicios prestados –cuando estuviera en la situación de activo– el que faltare al cumplimiento de la referida edad⁶². En fin –y como no podía ser de otra manera–, la pensión de jubilación se extingue por fallecimiento del beneficiario, al ser vitalicia; no obstante, en los casos de revisión de la incapacidad por desaparición de las causas que dieron lugar a la misma, se produciría la reintegración en el servicio activo y la extinción de la pensión; supuesto este último no contemplado ni en la LCPE ni en el Real Decreto 172/1998, de 22 de febrero, aunque sí lo estaba en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1966, aplicable con valor reglamentario por mor de la disposición transitoria 9ª LCPE.

4.3.2.- Muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y en favor de padres)

El hecho causante de este tipo de pensiones es el fallecimiento del personal funcionario (art. 34.1 LCPE)⁶³, sin que sea necesario que el causante haya completado ningún período mínimo de prestación de servicios efectivos (art. 35 LCPE), cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre: activo, separado del servicio o sancionado con pérdida

de empleo. Tal premisa resulta lógica, pero sólo en parte –no obstante la peculiaridad que denota–, habida cuenta la dificultad de fraude al haber sido sometido el funcionario a reconocimiento médico previo a la prestación de servicios; sin olvidar, ade-

NO SON DEMASIADOS
LOS ASPECTOS QUE
SEPARAN A LOS RÉGIMENES
ESPECIALES DE LOS
FUNCIONARIOS
DEL RÉGIMEN
GENERAL

⁵⁸ STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 13 octubre 2005 (JUR 2006, 50327), Asturias 26 abril 2006 (JUR 2006, 249043) ó Madrid 27 septiembre 2006 (JUR 2007, 167219).

⁵⁹ LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: “La jubilación por incapacidad de los funcionarios de los organismos autónomos”, DA, núm. 203, 1985, pág. 162.

⁶⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Las pensiones de los funcionarios públicos en España, cit., págs. 109-110.

⁶¹ Se computarán como servicios efectivos prestados aquéllos que faltaran al interesado para alcanzar la edad de retiro o jubilación a excepción de aquellos supuestos en los cuales el personal estuviese en situación de “excedencia voluntaria o suspensión firme”. STS, Cont-Admtivo, 15 noviembre 1993 (Ar. 8365).

⁶² BLASCO LAHOZ, J.F.: “Las pensiones de jubilación o retiro del régimen de clases pasivas del Estado”, RTSS (CEF), núm. 278, 2006, págs. 39 y ss.

⁶³ STSJ, Cont-Admtivo, 19 septiembre 1995 (RJ 1995, 9740).

más, cómo al fallecido en activo se le cuentan como servicios efectivos los que hubieran podido corresponderle en el momento de su jubilación o retiro forzoso de haber continuado su carrera, por lo cual la exigencia de período de carencia carece, en general, de valor práctico⁶⁴.

1.- En cuanto a la pensión de viudedad hace, cabe sentar cómo la diferencia fundamental entre el régimen general y el régimen de clases pasivas (sobre todo tras la promulgación de la Ley 51/2007, que equipara las condiciones del derecho a esta pensión en ambos regímenes) radica en el porcentaje aplicable para determinar la cuantía de la misma. Así, mientras en el primero éste será con carácter general del 52 por 100 (que puede elevarse hasta un 70 por 100 en determinadas circunstancias) de la base reguladora del causante (aun cuando dicha base pueda variar por razón del motivo del fallecimiento –contingencia común o profesional–), en el segundo procederá distinguir, de un lado, entre pensiones causadas por funcionarios que aún no hubieran alcanzado el derecho a pensión de jubilación de aquéllos ya jubilados, y, de otro, en función de la causa –ordinaria o extraordinaria– del fallecimiento. En efecto, el óbito de un funcionario no jubilado otorga el derecho a una pensión o bien del 50 por 100 sobre la teórica de jubilación correspondiente al mismo siempre y cuando la causa sea ordinaria o del 50 por 100, pero sobre el 200 por 100 de la teórica de jubilación, si tal causa fuera extraordinaria. Por otra parte, si el funcionario estuviera ya jubilado la pensión alcanzará el 50 por 100 de la pensión actualizada de la ordinaria que por jubilación o retiro viniera percibiendo el difunto; no obstante, si la pensión de éste derivara de un acto de servicio o fuera consecuencia del mismo aquél porcentaje queda establecido en el 25 por 100 (arts. 38 y 39 LCPE)⁶⁵.

2.- En el sistema de clases pasivas el porcentaje de la pensión de orfandad, prevista en favor de los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años (o veintidós o veinticuatro en determinados supuestos) y los incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha de fallecimiento del causante (art. 41 LFCE) quedará establecido en un 25 por 100 para el supuesto de concurrir un único hijo con derecho a pensión; de exis-

tir más beneficiarios descenderá al 10 por 100, prorrateándose entre ellos un 15 por 100; concurriendo huérfanos y cónyuge viudo el porcentaje máximo de atribución para los primeros será del 50 por 100, si bien de no existir tal concurrencia aquel máximo habrá de ser elevado hasta el 100 por 100; por último, si el fallecido tuviera reconocida pensión extraordinaria de jubilación o retiro por haber sido declarado incapaz en acto de servicio o como consecuencia del mismo, percibiendo, por ende, el 200 por 100 de la pensión ordinaria, los porcentajes anteriores quedarán reducidos por mitad (12,5 por 100 cuando concorra un único hijo o 5 por 100 de ser más, con atribución conjunta a prorratar del 7,5 por 100), quedando rebajados, igualmente, a la mitad los límites máximos referidos (art. 42 LCPE).

3.- En el régimen general la pensión en “favor de familiares” comprende como posibles beneficiarios a los nietos, hermanos y ascendientes del causante, extendiéndose a los hijos y hermanos mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos, siempre y cuando el causante tuviera la condición de pensionista de jubilación o invalidez, convivieran con él y a su cargo, acreditaran dedicación prolongada a su cuidado y carecieran de medios propios de vida (art. 176 LGSS). Por contra, en el régimen de clases pasivas la pensión “en favor de padres” limita sus posibles beneficiarios, tal y como su nombre indica, al padre y a la madre⁶⁶, siempre que aquéllos dependieran económicamente del causante al momento del fallecimiento (art. 44.1 LCPE)⁶⁷. Al hilo de lo anterior, mientras en el régimen común de la Seguridad Social el hecho de otorgar la pensión en favor de familiares es plenamen-

te compatible con la atribución de pensión en favor de la viuda o huérfanos del mismo causante, no ocurre otro tanto en el régimen de clases pasivas. Antes al contrario, en este último régimen podrá atribuirse una pensión en favor de los padres únicamente

EL PESO DE LAS CLASES PASIVAS DEL ESTADO HA CONDICIONADO LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO CIVIL, MILITAR Y JUDICIAL

⁶⁴ CALVO RAMÍREZ, C.: “Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado”, cit., págs. 185-186.

⁶⁵ CEA AYALA, A.: “Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia”, RTSS (CEF), núm. 134, 1994, pág. 120.

⁶⁶ STSJ, Cont-Admtivo, 28 febrero 1994 (RJ 1994, 1307).

⁶⁷ No existe derecho a pensión a favor de los padres cuando no exista dependencia económica en el momento del fallecimiento del hijo, y ésta no se produce cuando se perciben rentas que superan el doble del salario mínimo interprofesional. STS, Cont-Admtivo, 29 septiembre 2003 (rec. 1000/1998).

cuando no exista cónyuge superviviente o hijos del fallecido con derecho a pensión, si bien nada impide que pueda efectuarse a posteriori cuando todos los beneficiarios citados fallezcan o pierdan su aptitud para ser pensionistas (art. 44.2 LCPE). Además, la base reguladora de la pensión en favor de los padres estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del causante de los derechos pasivos, sobre la cual se aplicará el porcentaje fijo del 15 por 100 para la determinación de las pensiones. Dicho parámetro será reducido al 7,5 por 100 en el supuesto de que el funcionario hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia de este último y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria (art. 45.2 LCPE)⁶⁸.

4.3.3.- Los perjuicios de la pluriactividad

Dejando a un lado la incompatibilidad interna que, como regla general, afecta a todas las pensiones de clases pasivas, en virtud de la cual queda prohibida la percepción simultánea de más de tres pensiones ordinarias de jubilación, viudedad, orfandad o en favor de los padres causadas por diferente persona (art. 25.1 LCPE)⁶⁹ o la percepción simultánea de dos o más pensiones ordinarias de clases pasivas causadas en su favor o en el de sus familiares por la misma persona (art. 25.2 LCPE)⁷⁰, lo verdaderamente desconcertante no es sino que, en virtud del principio de no duplicidad de cobertura, el art. 26 LCPE establece la obligación de optar por el percibo de la prestación que se considere más conveniente en aquellos supuestos en los cuales se haya causado una pensión en cualquier régimen de la Seguridad Social y además en el de clases pasivas como consecuencia de una única prestación de servicios al Estado, sin poder percibir ambas a la vez (art. 26.1 LCPE). No obstante, si el causante (o sus derechohabientes) se decidiera por las prestaciones ajenas al sistema de clases pasivas, pero acreditara la prestación de algún período de servicios al Estado no simultáneos con el que ha dado origen a

UN CONTROL
EXHAUSTIVO DE COSTOS DEL
FUNCIONAMIENTO
DE TODAS Y CADA UNA
DE LAS MUTUALIDADES
EXISTENTES DEMOSTRARÍA
CÓMO LA APORTACIÓN
INDIRECTA DE LA
ADMINISTRACIÓN
NO ES EN ABSOLUTO
ÍNFIMA

aquellas, tendrá derecho a percibir las pensiones del régimen de clases pasivas que se deduzcan exclusivamente de dicho período de tiempo (art. 26.2 LCPE)⁷¹. Todo ello sin olvidar cómo aquellas pensiones del régimen de clases pasivas cuya percepción simultánea con las de cualquier otro régimen de protección social o con los salarios correspondientes a un puesto de trabajo en

el sector público estén legalmente autorizadas, serán compatibles –como excepción– tanto respecto de los devengos ordinarios como de los extraordinarios (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas)⁷².

4.4.- El mutualismo administrativo

El peso de las clases pasivas del Estado ha condicionado las líneas básicas del mutualismo administrativo civil, militar y judicial, hasta el extremo de que, al promulgarse su anunciada regulación, los servicios de las respectivas entidades gestoras quedaron en buena medida reducidos a un papel complementario de las primeras⁷³, a no ser en el capítulo de la asistencia sanitaria o de la prestación económica por incapacidad temporal. Sólo de modo residual las Mutualidades otorgan pensiones, y, por cierto y en cualquier caso, éstas únicamente encuentran su más correcta expresión jurídica como un complemento de las de derechos pasivos⁷⁴, tanto más necesario y justificado cuando

⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el régimen general de la Seguridad Social”, RTSS (CEF), núm. 183, 1998, pág. 110.

⁶⁹ Ilustrativa a este respecto es la STS, Cont-Admtivo, 27 septiembre 1996 (Ar. 6665), la cual taxativamente señala la incompatibilidad de dos pensiones de viudedad derivadas de un solo hecho causante.

⁷⁰ “Basada en razones de política económica y de gasto público”, STSJ, Cont-Admtivo, 21 abril 1999 (RJ 1999, 5181).

⁷¹ STSJ, Cont-Admtivo, 17 abril 2007 (RJ 2007, 3965).

⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, 8ª edición, Madrid, 2007, pág. 413.

⁷³ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 176.

⁷⁴ Como prestaciones “singulares” otorgadas por cada entidad de carácter Mutualista, cabe citar en MUFACE: ayudas, de cuantía fija, para prótesis dentales, oculares y otras (audífonos, calzado correc-

éstas sean (como lo han venido siendo tradicionalmente) de escasa cuantía e incapaces de satisfacer de modo suficiente su papel de rentas de sustitución de los ingresos en activo del funcionario público a que están llamadas⁷⁵. Por lo demás, las contingencias incluidas en la acción protectora, al menos como principio de cobertura, se identifican con los conceptos del régimen general, salvo –y como primera y principal especialidad– la del desempleo, dada la estabilidad de los trabajadores públicos en el desempeño de su trabajo, garantizada por el incuestionado derecho al cargo (art. 14 EBEP). Otras cinco diferencias son igualmente dignas de mención:

1.- Característica común del régimen mutualista es la tendencia a trasladar el coste de la Mutualidad a la sociedad en general o, mejor dicho, a los sectores de la misma afectados por las tareas públicas que desarrollan los funcionarios. En concreto, la ausencia de cuota a cargo directo de la Administración no significa, ni mucho menos, que ésta no sufrague gastos de la entidad mutualista, habida cuenta su funcionamiento normalmente es soportado por aquélla, pues los funcionarios que desempeñan los trabajos administrativos de la segunda sirven a ésta, pero son retribuidos por la primera, conforme también sucede con los locales, instalaciones... etc. En definitiva, un control exhaustivo de costos del funcionamiento de todas y cada una de las Mutualidades existentes demostraría cómo la aportación indirecta de la Administración no es en absoluto ínfima⁷⁶.

2.- Las prestaciones de asistencia sanitaria vienen a coincidir en lo sustancial en cuanto a su objeto, contenido y alcance con las previstas por el sistema de Seguridad Social para el resto de trabajadores, atendiendo al carácter universal que caracteriza hoy a esta prestación. La única peculiaridad a destacar viene dada por la modalidad de disfrute de la misma, pues ésta será facilitada por la Mutualidad correspondiente, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados y preferentemente con instituciones de la Seguridad Social, correspondiendo la opción al beneficiario⁷⁷. Cuando la asistencia se preste mediante concierto⁷⁸, los mutualistas pueden elegir libremente, en el momento de la afiliación, la entidad concertada que deseen, pudiendo cambiar de entidad en el mes de enero de cada año⁷⁹. Los asegurados deben utilizar los servicios médicos asignados, no pudiendo acudir por iniciativa propia, o de sus familiares, a consultas externas basándose en apreciaciones subjetivas⁸⁰, pues “las prestaciones asegurativas no son el derecho a la mejor asistencia posible, sino a la media, normal y regular, siendo el recurso a un facultativo ajeno al cuadro médico de la entidad aseguradora una opción legítima pero que escapa a las obligaciones que la aseguradora y la mutualidad tenían contraídas, debiendo soportar el asegurado en ese caso los gastos que el ejercicio de tal opción represente”⁸¹. Por tanto, no cabe acudir libremente a servicios ajenos, habida cuenta los entes gestores no están obligados a abonar los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario acuda a

tor, plantillas ortopédicas y vehículos de inválido); subsidio por jubilación; subsidio o auxilio por defunción del funcionario o sus familiares, ayuda económica para la adquisición de vivienda y becas para mutualistas e hijos y huérfanos de mutualistas. En ISFAS: ayudas económicas para determinados tratamientos especiales, para internamiento en residencias asistidas y para asistencia psiquiátrica de internamiento; prestación económica por extrema ancianidad, y ayuda económica para la adquisición de vivienda. En fin, en MGJ: ayuda para gastos de sepelio; ayudas a jubilados forzosos; ayudas económicas para adquisición de vivienda financiada mediante préstamo hipotecario y por obtención de préstamo personal bancario. GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: Seguridad Social de los funcionarios públicos en España, cit., págs. 46-47.

⁷⁵ “El anacronismo e insuficiencia del régimen de clases pasivas y la correlativa presentación de estados de necesidad no cubiertos para los funcionarios públicos dieron paso al nacimiento de las llamadas Mutualidades complementarias y de otras entidades (Patronatos de viviendas, Instituciones de Huérfanos, etc.), cuya razón fundamental fue el deseo de ponerse a la altura de la legislación de Seguridad Social que el propio Estado propugnaba y practicaba en todo el país excepto para sus servidores.” BALDASANO DE PADURA, M.: “Ordenación económica, financiera y actuarial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado”, DA, núm. 81, 1964, pág. 21.

⁷⁶ CARRASCO BELINCHÓN, J.: “Inexistencia de una normativa general en el sistema de previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, DA, núm. 71, 1963, pág. 103.

⁷⁷ BLASCO LAHOZ, J.F.: “Las prestaciones sanitarias del mutualismo administrativo”, AL, 2002, T. III, págs. 937 y ss.

⁷⁸ Cuya finalidad es garantizar “la plena cobertura de los asegurados en las contingencias vitales y de enfermedad”. STSJ, Cont-Admtivo, 26 enero 1999 (RJ 1999, 346).

⁷⁹ LÓPEZ GANDÍA, M. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, RDS, núm. 24, 2004, pág. 36. En la doctrina judicial, SAN, Cont-Admtivo, 25 enero 2001 (JUR 2001, 73933).

⁸⁰ SSTSJ, Cont-Admtivo, Murcia 3 marzo 1999 (RJCA 1999, 1107).

⁸¹ STSJ, Cont-Admtivo, Galicia 15 diciembre 1999 (RJCA 1999, 5154).

ellos por decisión propia y no concurra causa que lo justifique (denegación injustificada de la asistencia, carencia de medios adecuados para atender la necesidad médica o urgencia vital)⁸². Cuestión distinta es que de la mala praxis de un acto médico, efectuado en un centro sanitario afecto a una entidad aseguradora concertada con la Mutuality administrativa correspondiente para la prestación sanitaria a sus mutualistas, deba responder dicha Mutuality⁸³.

3.- La incapacidad temporal comprende las situaciones de enfermedad, accidente (incapacidad temporal real) y los denominados períodos de observación en caso de enfermedad profesional (incapacidad temporal presunta), sin que sea necesario que el funcionario esté recibiendo asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo y sin que se exija ningún requisito específico de carencia⁸⁴. En esta situación, el funcionario tendrá derecho a percibir la totalidad de sus derechos económicos con cargo a la Administración para la que presta servicios durante los tres (o seis si se trata de un funcionario de justicia) primeros meses (art. 69 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que ha de considerarse vigente en virtud de lo dispuesto en la disposición final 4ª EBEP). A partir del cuarto mes (o del séptimo para los funcionarios de la Administración de Justicia), esta prestación consistirá en las retribuciones básicas, las prestaciones por hijo a cargo –en su caso– y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de MUFACE, ISFAS (sólo para el personal civil –pues el militar seguirá percibiendo íntegramente su retribución–) o MGJ, según se trate, cuya cuantía fija e invariable mientras perdure la incapacidad será la mayor

LA DIRECCIÓN A TOMAR HA
DE SER... LA INTEGRACIÓN
DEL RÉGIMEN DE CLASES
PASIVAS Y DE LOS SISTEMAS
DEL MUTUALISMO
ADMINISTRATIVO EN EL
GENERAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria correspondiente al primer mes de licencia o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas el primer mes de asueto, sin que, en ningún caso, el importe a percibir pudiera exceder al de las percepciones que el funcionario tuviera el primer mes de licencia⁸⁵.

4.- Las funcionarias públicas tienen derecho, al igual que las trabajadoras por cuenta ajena, a la protección por maternidad (biológica, adoptiva o por acogimiento), riesgo durante el embarazo y, ahora, tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), riesgo durante la lactancia, pero, como especialidad frente a lo que ocurre en el régimen general, la primera de estas situaciones genera el derecho al disfrute de un permiso retribuido a cargo de la Administración correspondiente (art. 49 EBEP)⁸⁶ y la segunda y la tercera ya no tendrán la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal, sino que proporcionarán el derecho al disfrute de una licencia durante la cual quedará garantizada la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria (art. 58 LOIEMH). Al tiempo, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de los permisos retribuidos por paternidad [art. 49 c) EBEP], por maternidad jurídica [art. 49 b) EBEP] y, en algunos casos –previa cesión o fallecimiento de la madre– por maternidad natural [art. 49 a) EBEP].

5.- Por Real Decreto 630/1982, de 26 de marzo, se concedió una especie de auxilio de defunción para subsanar las necesidades económicas causadas por la muerte de un familiar del funcionario asegurado, protegiéndose, por tanto, no sólo el fallecimiento del propio beneficiario, sino también el fallecimiento de familiares de él dependientes. Se trata de una prestación de asistencia social de ayuda de sepelio consistente en una cuantía dineraria de pago único (cuya cuantía se actualizará por Orden del Ministerio de Administraciones Públicas), concedida, por lo demás, sin sumisión a ningún tipo de obligación formal –de ahí su crítica– con la única excepción de que el cau-

⁸² SSTSJ, Cont-Admtivo, La Rioja 29 abril 2005 (JUR 2006, 281047), Andalucía 28 septiembre 2005 (JUR 2006, 51170), País Vasco 15 febrero 2006 (JUR 2006, 161243) ó Madrid 2 marzo y 11 abril 2007 (JUR 2007, 230543 y 274020).

⁸³ SSTJ, Cont-Admtivo, 3 julio 2003 (RJ 2003, 5431) ó 20 febrero y 24 mayo 2007 (RJ 2007, 843 y 5098).

⁸⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, cit., pág. 426.

⁸⁵ GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 46.

⁸⁶ DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración civil del Estado*, Valencia, 2004, pág. 371.

sante del derecho figure en el documento de beneficiarios de asistencia sanitaria del funcionario titular (art. 8 Orden de 12 de enero de 2004)⁸⁷. Contrasta tal regulación, bastante generosa en su montante económico, con el exiguo auxilio, que se concede en el régimen general y por este orden, al cónyuge supérstite, al sobreviviente de una pareja de hecho o a los hijos y parientes del fallecido que convivieran con él habitualmente (art. 173 LGSS).

4.5.- Orden jurisdiccional competente

Por no hacer demasiado tediosa esta enumeración de especialidades, es menester señalar, en último lugar, cómo permanecen excluidas del conocimiento de la jurisdicción social todas las cuestiones relacionadas con la protección social de los funcionarios públicos tanto en lo que

SERÍA ACONSEJABLE
ADECUAR O FLEXIBILIZAR
LA ORDENACIÓN
JURÍDICA DEL RÉGIMEN
GENERAL [...] PARA ATENDER
A LAS PECULIARIDADES
DE LOS NUEVOS
INCORPORADOS

hace a la modalidad de derechos pasivos cuanto al régimen mutualista⁸⁸, reconociéndose la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento de los conflictos suscitados en relación con el funcionamiento y su dinámica prestacional⁸⁹. Y ello no sólo porque las distintas normas que regulan con carácter general el peculiar sistema de Seguridad Social de los funcionarios públicos hayan venido atribuyendo esta competencia de forma expresa, sino —y sobre todo— porque la relevante posición de tan particular empresario hace que entre sus privilegios no encuentre excepción, *ratione materiae*, a la normal revisión de sus actos. Todo ello sin perjuicio de poder argumentar determinadas circuns-

tancias que pudieran hacer rectificar el criterio inicial y llevar a entender más apropiada la ubicación de determinadas cuestiones litigiosas referidas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en el marco de la jurisdicción social⁹⁰, habida cuenta la literalidad del art. 9.5 LOPJ (“los del orden jurisdiccional social conocerán... las reclamaciones en materia de Seguridad Social”) y del propio art. 2 b) LPL (“los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... en materia de Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo”)⁹¹. En efecto, el tenor literal del art. 9.5 LOPJ y el hecho de ser posterior a las normas legales y reglamentarias que atribuyen competencia a la jurisdicción contenciosa en esta materia posibilitarían una interpretación extensiva de la jurisdicción social, al ser, sin más, “materia de Seguridad Social”⁹², resultando —por lo demás— conveniente que un mismo orden jurisdiccional tuviera atribuida competencia sobre cuestiones que, sin perjuicio de aspectos puramente organizativos y formales, son sustancial y materialmente iguales en tanto forman parte del sistema público de protección previsto en el art. 41 CE.

5.- Conclusión: hacia un régimen común de protección social para funcionarios y trabajadores por cuenta ajena

A pesar de que “está ya muy lejos la concepción —falsa e injustificada— de las clases pasivas como una carga indeseable y la de los haberes pasivos como una ‘limosna del presupuesto’”⁹³, lo cierto es que, al día de hoy, ya no es suficiente una aproximación entre el régimen especial de funcionarios y el régimen común de protección, sino que la dirección a tomar ha de ser otra única y convergente: la integración del régimen de clases pasivas y de los sistemas del mutualismo administrativo en el general de la Seguridad Social, lo

⁸⁷ SSTSJ, *Cont-Admtivo*, Madrid 14 febrero 2005 (JUR 2005, 160348) y Castilla y León/Valladolid 1 abril 2005 (JUR 2005, 102936).

⁸⁸ SSTS, *Social*, 20 abril y 5 octubre 1992 (Ar. 2662 y 7611).

⁸⁹ En este sentido, STS, sala 6ª, 9 octubre 1986 (Ar. 5427).

⁹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Jurisdicción social”, en VV.AA (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid, 1996, pág. 267.

⁹¹ MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 1996, pág. 116.

⁹² CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: *Jurisdicción social y jurisdicción contencioso-administrativa. Concurrency y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social*, Madrid, 1986, pág. 126.

⁹³ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa”, *DA*, núm. 71, 1963, pág. 61.

cual evitaría disparidades y homogeneizaría definitivamente ambos sistemas de protección⁹⁴. De este modo y como con acierto se ha dicho, “el vetusto sistema de clases pasivas debería pasar como una pieza de museo a la historia de la previsión social administrativa” en favor de un régimen general de Seguridad Social moderno y comprensivo de todos los ciudadanos, sin distinción de ningún tipo⁹⁵, dotado de un claro carácter hegemónico⁹⁶.

Procede no olvidar, sin embargo, cómo, conocidas de antemano las dificultades de este proyecto por las presiones que en sentido contrario pudieran ejercer los grupos sociales afectados, y con el fin de no convertirlo en un objetivo utópico, la integración debe de ser concebida a medio plazo, de forma tal que su puesta en práctica tenga lugar de manera progresiva. Una primera vía de actuación podría consistir en dos intervenciones sucesivas: en primer lugar, establecer un único sistema de protección social para los funcionarios capaz de incorporar los tres existentes, terminando con la dispersión normativa y la complejidad subjetiva; en segundo término, mantener el

régimen especial de clases pasivas como régimen a extinguir respecto a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de funcionarios la plena integración en el régimen general, así como la posibilidad de retener los beneficios colectivos adicionales, pero a través de un régimen de protección complementaria financiado tomando en consideración exclusivamente las cotizaciones de los propios interesados. Con el mismo objetivo de coadyuvar a esta integración sería aconsejable, por último, adecuar o flexibilizar la ordenación jurídica del régimen general (permitiendo, en paradigmático ejemplo, la exclusión de la cotización por desempleo habida cuenta la estabilidad propia del empleo público) para atender en cierta medida a las peculiaridades de los nuevos incorporados. Es imprescindible, por tanto, una evolución tanto del régimen especial de clases pasivas (y de los sistemas del mutualismo administrativo) cuanto del propio régimen general, capaz de permitir la integración definitiva del primero en el segundo como elemento indispensable para posibilitar tanto la coordinación interna como su deseable armonización a un nivel superior. ●

⁹⁴ MAIRAL JIMÉNEZ, M.: *El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Madrid, 1990 ó BAYOD y SERRAT, V.: “Hacia una nueva jurisdicción contenciosa-laboral única e igualdad de trato para trabajadores y funcionarios públicos”, *Tapia*, núm. 39, 1988, pág. 41 y ss.

⁹⁵ DOLZ LAGO, M.J.: “La jubilación de los funcionarios públicos en España”, *RSS*, núm. 16, 1982, págs. 257-258.

⁹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización”, en VV.AA.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid, 1992, págs. 116 y ss.

SI NO EXISTIERAN LAS "CLASES PASIVAS" HABRÍA QUE INVENTARLAS

José GONZÁLEZ BERNAL

Subdirector General de Ordenación Normativa, Recursos e Información de Clases Pasivas. Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas

170

Clases Pasivas es más, mucho más, que uno de los dos mecanismos de cobertura a que, junto con el Régimen del Mutualismo Administrativo de que se trate (MUFACE, ISFAS y MUGEJU), se refieren los respectivos Textos Refundidos de la Ley sobre la Seguridad Social (Especial) de los funcionarios civiles, militares o al servicio de la Administración de Justicia.

Su particularidad esencial, al presente, no estriba en que dispone secularmente de ley propia, ni de que es, como se dice, el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios civiles y militares, a los que el Estado garantiza la protección frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte y supervivencia, ni su peculiar régimen de financiación a cargo del Presupuesto de Gastos del Estado ... No. Las Clases Pasivas conforman, en puridad un subsistema (no un régimen) dentro del sistema español de Seguridad Social, por más que lo hayan repetido hasta la saciedad la Ley de Bases y los sucesivos textos refundidos de las leyes de Seguridad Social.

Desde que la Reina Doña Isabel II, "por la gracia de Dios, Reina de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Córcega, de Mallorca, de Menorca, de Jaén, de los Algarves, de Algeciras, de Gibraltar, de las Islas Canarias, de las Indias Orientales y Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano; Archiduquesa de Austria; Duquesa de Borgoña,

de Brabante y de Milán; Condesa de Absburg, Flandes, Tirol y Barcelona, Señora de Vizcaya y de Molina etc., etc., y en su Real nombre Doña María Cristina de Borbón, como Reina Gobernadora durante la menor edad de mi excelsa Hija", sancionó el 24 de mayo de 1835 la ley que contiene el Presupuesto General de los Gastos del Estado para dicho año, estableciendo las treinta disposiciones generales acerca de las clases pasivas –que conforman su primerísima regulación ordenada– con su sistema de determinación, transmisión, incompatibilidades, limitaciones en su crecimiento ... así como su gasto total para ese año, que alcanza los 56 millones 406.574 reales y 21 maravedíes, el 6,30% de un total de 894 millones 984.630 reales y 24 maravedíes para el conjunto del Estado, llegamos al presente 2008, en que el gasto de clases pasivas, es decir, los créditos de la sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, asciende a 9.294,45 millones de euros, de un total de 332.375,22 millones de euros, lo que supone un 2,80 % de éste.

La norma de 1835 es clara y sencilla, al menos si se piensa que reúne, por primera vez en una redacción breve y única, la normativa dispersa y en ocasiones arbitraria que tenían los anteriores Montepíos de funcionarios, según las ramas de pertenencia de los empleados públicos. Así, se suprimen las pensiones de los huérfanos varones mayores de 25 años y las de viudas o huérfanos cuando contraigan matrimonio o profesen en órdenes religiosas, suprime las pensio-

nes “fuera del Reino”, y las que hayan servido como precio de “instrumento de persecución”, reduce en general su cuantía entre un 3 y un 25 por ciento, impide acceder a pensión de jubilación con menos de cincuenta

años de edad, salvo a los que “por sus achaques se hallen en absoluta imposibilidad de servir”, gradúa el haber de los jubilados, desde 20 años –dos quintas partes del sueldo– hasta 35 años –cuatro quintas partes– (80% este último, por cierto, que ha servido de base en Clases Pasivas para las pensiones de jubilación y retiro, desde entonces hasta el 1 de enero de 1985, en que entra en vigor la nueva normativa de derechos pasivos hoy vigente, precisamente a través de la Ley de Presupuestos para ese año), a los militares inutilizados, que pasen a destinos civiles, les obliga a optar por el sueldo o la pensión, “según les acomode”, el “maximum” para jubilados y cesantes será en todo caso de 40 mil reales de vellón, cualquiera que sea su destino y clase, no pudiendo acumular dobles sueldos bajo pretexto alguno ... los Ministros y Fiscales de Consejos y Tribunal del Reino también quedan sujetos a las reglas generales ... En fin un elenco de medidas muy en sintonía con las vigentes en la actualidad, pese a haber transcurrido mas de 170 años.

A las indicadas treinta reglas de oro de Clases Pasivas, del primer tercio del XIX, se le fueron añadiendo otras con distintas intenciones a lo largo del tiempo y también con ocasión de las guerras que jalaron esa época de España, con sus luces y sus sombras, sus continuos cambios de Gobiernos o incluso de Régimen, no siendo ajenas las Clases Pasivas a esta perturbadora situación, pues cada Gobierno, o casi cada Ministro de Hacienda, gustaba de hacer un Proyecto de Ley sobre la controvertida materia, y así Don Venancio González y Don Germán Gamazo, con D. Práxedes Mateo Sagasta como Presidente del Consejo y Don Raimundo Fernández Villaverde y Don Manuel Allendesalazar, con Don Francisco Silvela de primer Ministro, o los Proyectos de Don Ángel Urzaiz, otra vez con Don Práxedes, el de Don Augusto González Besada, con Don Antonio Maura, los de Don Tirso Rodríguez con Don José Canalejas de Presidente, de Don Juan Navarro Reverter, con el Conde de Romanones, Don Félix Suárez Inclán, con Don Eduardo Dato, Don Gabino Bugallal y Don Santiago Alba, con el Conde de Romanones de nuevo y, en fin,

LAS CLASES PASIVAS CONFORMAN EN PURIDAD UN SISTEMA (NO UN RÉGIMEN) DENTRO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Don Francisco Bergamín y García, en la efímera Presidencia de Don José Sánchez Guerra.

Y todo esto en escasamente los primeros veinte años del siglo XX, hasta llegar al Estatuto de Clases Pasivas de 1926, durante la Dictadura de Don Miguel Primo de Rivera, obra espléndida para su época, sistemática y plenamente válida durante los siguientes 40 años (“la obra parece casi perfecta, por lo menos hasta donde la realidad lo ha consentido”, de la Exposición de motivos) y en donde queda definitivamente zanjada la denominada “cuestión previa” que sirvió y sirve de base filosófica al sistema español de Seguridad Social.

En efecto. La cuestión previa hace referencia a la controversia existente en el Estado, y puesta de manifiesto en el seno de una Comisión “ad hoc” (acaso por presiones externas de la época), con la que el Gobierno discrepa, sobre la perspectiva de una visión técnico-actuarial de las pensiones, que hace decir a la propia Comisión, en la bella y actual Exposición de Motivos del Real Decreto del 22 de octubre de 1926, que aprueba el Estatuto, con fuerza de Ley, “es evidente que todo cambio del sistema de repartos que actualmente se practica por uno de capitalización, significa que, sobre la cantidad anual consignada para atender al pago de las obligaciones declaradas anteriormente, ha de consignarse la del importe de la prima destinada a formar el capital que haga frente en su caso a los riesgos asegurados técnicamente. Y no es menos evidente que si el servicio se adjudica mediante un concurso, la Entidad adjudicataria, como las demás concursantes, iría movida de un lucro en forma de beneficio ... y que este beneficio, grande o pequeño, representa un aumento en el coste real del servicio, aumento sufragado por el Estado y por sus empleados”.

Y es muy importante que la norma del 26, que se comenta, mantuviera los beneficios “de carácter marcadamente social y protector de la familia ... que son los más apreciados por los servidores del Estado” ... de tal manera que el propio Gobierno de la República, en la revisión de toda la legislación de la Dictadura, consideró al Estatuto de Clases Pasivas como ley subsistente “por exigencias de realidad o excepcional conveniencia del interés público”, en el Decreto de 15 de abril de 1931, al día siguiente de la proclamación de la República. Y así, a lo largo de los comentados 40 años de vigencia del Estatuto, se fueron otorgando pensiones a cargo del Presupuesto del Estado a colectivos no ciertamente de funcionarios “strictu sensu”, cuando se invalidaban o fallecían tripulando submarinos o sumergibles o aparatos de aviación, o manipulando armas de guerra o gases tóxicos o en el manejo de los Rayos X o colaborando con la Fuerza Pública en

incendios o catástrofes ... y se promulgaron leyes especiales para el personal marroquí y saharauí en los territorios africanos ... Y todo ello fue posible porque existía "Clases Pasivas" ...

Los Textos Refundidos de ley de derechos pasivos de los funcionarios de 1966, para el personal civil y de 1972, para el personal militar, acomodan a los nuevos tiempos la legislación precedente y, sobre todo, al nuevo sistema retributivo de los funcionarios de 1965 y al nuevo sistema educativo a que se adaptan los Cuerpos y Escalas de los empleados públicos, con ocasión de la titulación exigida para su ingreso al servicio del Estado.

Mientras tanto la Seguridad Social continua regulando armónica y sistemáticamente la legislación reguladora de sus Regímenes General y Especiales, gracias a la ayuda inestimable de la jurisdicción del orden social y de los ingentes trabajos doctrinales y de investigación de todo el ámbito docente universitario vinculado al mundo del derecho del Trabajo y, por supuesto, a su amplio y preparado Cuerpo Técnico de Funcionarios expertos en Seguridad Social.

172

Tres pilares básicos, los anteriores, que no guardan proporción respecto de Clases Pasivas, pues en el ámbito revisor de su actuación, tanto administrativo, a través del Tribunal Económico Administrativo Central, como en el Jurisdiccional, siempre la Audiencia Nacional y, en ocasiones, los Tribunales Superiores de Justicia, no existe entidad suficiente y necesaria en la jurisprudencia que de ellos emana como para proponer las modificaciones normativas oportunas; al igual sucede en el orden docente e investigador en que es meramente anecdótica, por brillante que sea, la participación de la Universidad en materia de derechos pasivos de los funcionarios y en cuanto al Cuerpo Técnico, es inexistente como tal, ya que, por poner un penoso ejemplo, el número de temas de Clases Pasivas en cualquier oposición al Estado se limitan, como máximo a dos o tres, incluido en ellos el mutualismo administrativo, nacido en 1975, lo que hace especialmente meritoria la permanencia del funcionario, con independencia del Cuerpo al que pertenece, en el Servicio de Clases Pasivas, dada la especial dificultad de la normativa aplicable y la casuística de la misma.

Y llegamos, por fin, al 1 de enero de 1985 en que, precisamente, la Ley de Presupuestos para ese año introduce un nuevo sistema para la determinación y cálculo de las pensiones que causan los funcionarios encuadrados en su Régimen especial y en 1987 el Texto Refundido vigente lo armoniza y aclara, porque rompe con la normativa anterior, aunque se sigue aplicando en la actualidad, en razón de la normativa

UN ASPECTO FILOSÓFICO ESENCIAL DE CLASES PASIVAS ES SU INEQUÍVOCA VOCACIÓN DE CONTRIBUIR ACTIVAMENTE EN LA ARMONIZACIÓN DE TODO EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

en vigor al momento de la jubilación o retiro del funcionario o de su fallecimiento en servicio activo, con motivo de las transmisión de aquellas pensiones en favor de los familiares con derecho.

Desde aquel momento hasta el presente, prácticamente todos los años las

sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado introducen modificaciones en el citado Texto Refundido a fin de adaptarlo a las cambiantes circunstancias económicas y sociales, porque un aspecto filosófico esencial de Clases Pasivas es su inequívoca vocación de contribuir activamente en la armonización de todo el Sistema español de Seguridad Social. Armonía que no debe conducir, necesariamente, a una integración sin más de Clases Pasivas en el Régimen General de la Seguridad Social, como se viene oyendo comentar, por cierto, en los últimos cuarenta y cinco años, si bien es verdad que hay momentos de mayor virulencia en esta consideración.

La normativa de Clases Pasivas vigente, manteniendo sus características propias y diferenciadas, trata de continuo de armonizarse con el Régimen General (a veces demasiado precipitadamente, por cierto, dada la agilidad que muestra la Seguridad Social en su toma de decisiones), en cuanto a las cuantías máximas y mínimas de las pensiones, período de carencia, cómputo recíproco de cotizaciones, reglamentos comunitarios, pensiones de orfandad, nueva regulación de la pensión de viudedad en supuestos de divorcio y en parejas de hecho, régimen fiscal de las prestaciones ... si bien mantiene diferencias esenciales en cuanto al ámbito personal de cobertura; reconocimientos de derecho fuertemente centralizado en la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, respecto del personal civil, incluida la Policía Nacional, la docencia, Justicia y Cortes, así como en la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, respecto del personal militar y Guardia Civil; sistema de financiación esencialmente a cargo del Estado, si bien el funcionario abona a su cargo una cuota anual de derechos pasivos del 3,86% del Regulador del Cuerpo a que pertenece (A1, A2, C1, C2 Y E). Reguladores que también determinan la cuantía de las pensiones, sin relación en ningún caso, con el salario que perciben y que se consignan todos los años en la Ley de Presupuestos.

Pero es que en Clases Pasivas, además, están los colectivos que, por sí propios, nada tienen que ver con los funcionarios como los exministros, causando pensión vitalicia sin más requisito que el haber jurado el cargo, cuando alcanzan los 65 años y causan pensión, también, quienes se inutilizan o fallecen prestando el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria de éste (situaciones hoy suspendidas) o los obreros de las Minas de Almadén o los Camineros del Estado, si no tuvieran cotizaciones simultáneas en la Seguridad Social, o los médicos fallecidos en epidemias ... porque "Clases Pasivas es como un nosocomio, en el que ni están todos los que son, ni son todos los que están".

Es cierto que sólo el 40% de los funcionarios públicos está encuadrado en Clases Pasivas y el resto lo está en el Régimen General, pero de aquellos 960.000 funcionarios, la tercera parte corresponden a las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los Servicios de Inteligencia y otra tercera parte se corresponde con los docentes no universitarios. Y están los Jueces y Fiscales y los miembros del Servicio Exterior y muchos de los colectivos tienen unas características singulares para la determinación y señalamiento de sus pensiones, ... porque en Clases Pasivas, como diferencia esencial con Seguridad Social, la cuota de derechos pasivos es un "valor entendido", no significa nada en el Sistema, lo que importa son los servicios efectivos al Estado certificados por el Órgano competente, no las cotizaciones, porque quien tiene reconocidos servicios al Estado, evidentemente, ha satisfecho la cuota... y no existe Tesorería en Clases Pasivas que contraste la anterior afirmación.

Como quieren las presentes líneas ir poniendo de manifiesto –sin perjuicio obviamente de que la ley dijera lo contrario– es que no es automática una eventual toma de decisión política sobre la absorción de Clases Pasivas por Seguridad Social.

Las decisiones políticas, una vez adoptadas, son menos onerosas, sin duda, para el Estado si las desarrolla un organismo especializado del Presupuesto, como es el caso de Clases Pasivas desde el primer tercio del siglo XIX.

El paradigma de lo que se dice ha sido toda la intensa y extensa legislación de Indulto y de Amnistía desarrollada a partir de la coronación de S.M. el Rey, atinente a la consideración de períodos como efectivamente trabajados por el funcionario civil o militar de todos aquellos que fueron separados del servicio por causas políticas. Toda la legislación reparadora de pensiones causadas por quienes sufrieron lesiones o mutilaciones o fallecieron con ocasión de la pasada

guerra civil, ya fueran civiles o formaran parte permanente o esporádica o circunstancial de las Fuerzas y Cuerpos Armados republicanos. Toda la normativa de derechos causados por quienes formaron parte de los Ejércitos Republicanos, bien como profesionales o teniendo un compromiso vinculado a la duración de la contienda, los denominados coloquialmente "Militares de la República" o las indemnizaciones por tiempos de prisión sufridos por hechos susceptibles de ser amnistiados ... Toda la legislación anterior, por cierto, ha sido "mejorada" en múltiples Leyes de Presupuestos anuales con relación a su redacción originaria.

Para dar una somera idea de lo que se dice, se han reconocido más de 700.000 pensiones, al amparo de esta legislación especial de guerra, por los servicios de Clases Pasivas de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda y ha supuesto un desembolso para el Erario Público del orden de los tres billones y medio de las antiguas pesetas. Por cierto, era voluntad decidida actuar eficazmente, con total transparencia, pero sin necesidad de abrumar a la sociedad española con cifras y datos sobre esta delicadísima cuestión.

Cuando los poderes públicos deciden dar ayudas sociales a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana en el Sistema Sanitario Público, con anterioridad al establecimiento en el mismo de este tipo de controles, acude a que lo resuelva Clases Pasivas. Cuando se producen lesiones permanentes invalidantes en delitos violentos o contra la libertad sexual, se acude a Clases Pasivas para otorgar las indemnizaciones a que haya lugar, en los supuestos de insolvencia del condenado por tales delitos. O cuando los padres obligados al pago de alimentos por

sentencia incumplen aquel deber natural, Clases Pasivas gestiona el oportuno Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, en ayuda del menor. Me reafirmo en lo dicho al principio del artículo, si han tenido la paciencia de leerlo, "si no existieran las Clases Pasivas, habría que inventarlas". Pero ya lo están, afortunadamente, y todos los indicios apuntan a que goza

EN CLASES PASIVAS
LA CUOTA DE DERECHOS
PASIVOS ES UN "VALOR
ENTENDIDO",
... LO QUE IMPORTA SON
LOS SERVICIOS EFECTIVOS
AL ESTADO ANTICIPADOS
POR EL ÓRGANO
COMPETENTE, NO LAS
COTIZACIONES

de buena salud, no está en crisis y sus usuarios están moderadamente satisfechos con su funcionamiento, y si me invitan, otra vez, a este Foro les seguiré contando.

Para finalizar, o polemizar o pasmar, según se mire, si pese a lo expuesto sobre Clases Pasivas, se pretendiese incluir en el Régimen General exclusivamente al colectivo, nada conflictivo, conformado por el personal de administración –que, por otra parte, da igual que sirva a la Administración del Estado, que trabaje en una Entidad Financiera o de Ahorro o en una Empresa automovilística o de seguros- manteniendo, claro, a otros colectivos, siempre se contará con la cerrada oposición de este Subdirector, defensor a ultranza de Clases Pasivas en su conjunto, en

NO ES AUTOMÁTICA
UNA EVENTUAL TOMA DE
DECISIÓN POLÍTICA
SOBRE LA ABSORCIÓN
DE CLASES PASIVAS
POR SEGURIDAD
SOCIAL

casi 25 años, porque las conoce, las vive, las siente y las ama, y que, paradójicamente, está encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, en razón de su pertenencia a la Escala Técnica de Organismos Autónomos, con ocasión de su acceso al servicio

de los ciudadanos, hace cuarenta años, a través de la Administración del Estado. ●

LA POSIBLE INTEGRACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL RÉGIMEN GENERAL

Antonio COMAS BARCELÓ

Cuerpo Superior Técnico de la Administración de la Seguridad Social

I Los orígenes del sistema de la Seguridad Social

Formalmente la Ley de Bases de la Seguridad Social constituye el basamento de nuestro sistema de protección social. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, consta de dos artículos. El primero aprueba las Bases de la Ley: una base preliminar y diecinueve bases rubricadas. La base segunda dedicada al campo de aplicación al relacionar los sujetos incluidos, dedica el apartado a) a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y el apartado f) a los funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación. La base tercera, que lleva por título Régimenes y sistemas especiales, considera que el grupo en el que se encuadren los funcionarios públicos, civiles y militares, tendrá la consideración de régimen especial. El artículo segundo encomienda al Gobierno que apruebe el texto o textos articulados en desarrollo de las bases establecidas, clara manifestación de delegación legislativa, pero la única disposición adicional de la misma Ley de Bases se encarga de puntualizar que “queda exceptuado de lo previsto en el artículo segundo de esta Ley la ordenación de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y militares, cuyo régimen de desarrollo será objeto de Ley o Leyes especiales”.

Como no podía ser de otra manera, al aprobarse por Decreto 907/1966, de 21 de abril, el Texto Articulado I, conocido posteriormente como Ley de Seguridad So-

cial, se reitera, por una parte, que en el sistema de la Seguridad Social están comprendidos los “Funcionarios públicos, civiles y militares, en cualquier situación” pero “en los términos que se señalen en la Ley o Leyes especiales a ellos referentes” (artículo 7.1.f) y, por otra, que el grupo de los funcionarios públicos, civiles y militares se considerará un Régimen Especial (artículo 10.2.d). Los dos textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social, el primero aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y el vigente aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, no han alterado un ápice los preceptos citados, por lo que la situación de dicho colectivo en la ubicación y estructura del sistema de la Seguridad Social permanece incólume.

EN UN SISTEMA
DE PROTECCIÓN CUYA
FINANCIACIÓN SE CUBRE
CON LAS APORTACIONES
DEL ESTADO
NO PUEDEN EXISTIR
DÉFICIT
PRESUPUESTARIOS

No cabe decir lo mismo de la evolución seguida en la estructura y composición del sistema de la Seguridad Social, por lo que a los restantes regímenes especiales se refiere. El último hito en el camino hacia la simplificación e integración de regímenes es-

peciales ha sido llevado a cabo por la Ley 18/2007, de 4 de julio, por lo que desde 1 de enero último, el sector de trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario ha pasado a integrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). El encuadramiento ha afectado a 245.481 trabajadores agrarios, que en su mayoría se han integrado en el nuevo Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA).

NO CABE EXTRAÑARSE QUE EN EL PACTO DE TOLEDO NO APAREZCA REFERENCIA ALGUN A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, PUES LA PREOCUPACIÓN DE LOS PARLAMENTARIOS POR LOS NEGROS PRESAGIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL SE LIMITABA AL NÚCLEO DEL SISTEMA

En la serie A de anexos referida al campo de aplicación y evolución del sistema se pueden advertir los profundos cambios operados en la composición del sistema, que cerró 2007 con 19.195.755 afiliados y en alta. El Régimen General no sólo ha sido el lugar de acomodo de las integraciones procedentes de sectores laborales inicialmente al margen de las Instituciones de

la Seguridad Social, sino también el de acogida de los regímenes especiales extinguidos (Trabajadores Ferroviarios, Jugadores Profesionales de Fútbol, Representantes de Comercio, Artistas y Toreros), completando su extensión con inclusiones expresas, asimilaciones legales y con la integración, con efectos de 1 de abril de 1993, del extinguido Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local que comprendía a los asegurados en la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL).

Por su parte, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha visto también ensanchado su ámbito subjetivo. La larga relación de sectores profesionales expresamente incluidos a solicitud de los propios colectivos, la incorporación procedente del extinguido Régimen Especial de Escritores de Libros, la inclusión obligatoria u opcional de profesionales colegiados en aplicación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, los sujetos que por su condición de socios o administradores de las Cías. mercantiles capitalistas han recalado en su seno y la integración de Notarios y Corredores de Comercio, además de la reseñada incorporación de los Trabajadores por cuenta propia agrarios jalonan las etapas de expansión cuantitativa y cualitativa que el RETA actualmente abarca (3.396.974 afiliados en alta a 31 de enero de 2008).

El sistema, pues, se está polarizando en torno al Régimen General (14.689.355 afiliados y en alta en

Anexo I

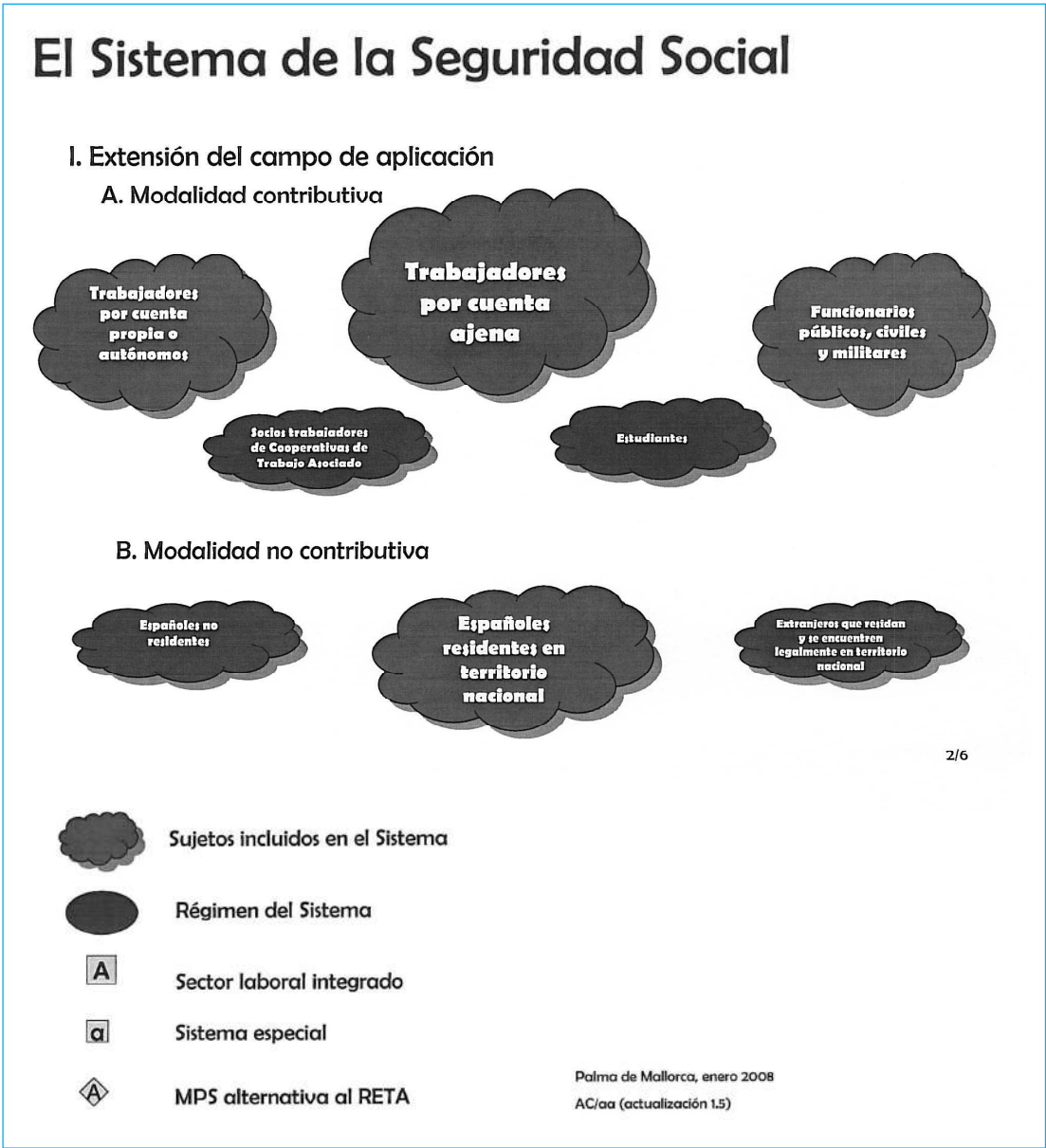
PRESUPUESTO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COSTES DE PERSONAL Y PENSIONES PÚBLICAS
CRÉDITOS Y EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA POR PROGRAMAS. EJERCICIO DE 2006
(MILES DE EUROS)

ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS.	PROGRAMA 219N					PROGRAMA 931N					TOTAL PRESUPUESTO				
	CREDITO INICIAL	TRANS. DE CREDITO	CREDITO DEFINITIVO	OBLIGAC. RECONCI.	% EJEC.	CREDITO INICIAL	TRANS. DE CREDITO	CREDITO DEFINITIVO	OBLIGAC. RECONCI.	% EJEC.	CREDITO INICIAL	TRANS. DE CREDITO	CREDITO DEFINITIVO	OBLIGAC. RECONCI.	% EJEC.
ART.º 10						55,61	-1,08	54,53	53,33	97,8	55,61	-1,08	54,53	53,33	97,8
ART.º 12	6.071,82	-23,06	6.048,76	6.028,39	99,7	3.193,92	192,50	3.386,42	3.386,04	100,0	9.265,74	169,44	9.435,18	9.414,43	99,8
ART.º 13	445,91	-45,00	400,91	388,09	96,8	740,60	70,00	670,60	798,50	98,5	1.186,51	25,00	1.211,51	1.186,59	97,9
ART.º 16	516,66	-28,77	487,89	487,85	100,0	355,02	69,18	424,20	424,18	100,0	871,68	40,41	912,09	912,03	100,0
CAPITULO I	7.034,39	-96,83	6.937,56	6.904,33	99,5	4.345,15	330,60	4.675,75	4.662,05	99,7	11.379,54	233,77	11.613,31	11.566,38	99,6
ART.º 21	146,89	0,00	146,89	76,32	52,0	51,26	0,00	51,26	33,27	64,9	198,15	0,00	198,15	109,59	55,3
ART.º 22	850,61	0,00	850,61	664,49	78,1	112,90	0,00	112,90	79,46	70,4	963,51	0,00	963,51	743,95	77,2
ART.º 23	26,06	0,00	26,06	10,48	40,2	20,50	0,00	20,50	17,53	85,5	46,56	0,00	46,56	28,01	60,2
CAPITULO II	1.023,56	0,00	1.023,56	751,29	73,4	184,66	0,00	184,66	130,26	70,5	1.208,22	0,00	1.208,22	881,55	73,0
ART.35	3,10	0,00	3,10	0,00	0,0	0,00	0,00	0,00	0,00	0,0	3,10	0,00	3,10	0,00	0,0
CAPITULO III	3,10	0,00	3,10	0,00	0,0	0,00	0,00	0,00	0,00	0,0	3,10	0,00	3,10	0,00	0,0
ART.63	51,30	0,00	51,30	51,15	99,7	51,15	0,00	51,15	51,12	99,9	102,45	0,00	102,45	102,27	99,8
CAPITULO VI	51,30	0,00	51,30	51,15	99,7	51,15	0,00	51,15	51,12	99,9	102,45	0,00	102,45	102,27	99,8
TOTAL	8.112,35	-96,83	8.015,52	7.706,77	96,1	4.580,96	330,60	4.911,56	4.843,43	98,6	12.693,31	233,77	12.927,08	12.550,20	97,1

la fecha citada, última disponible) y al RETA. Los cuatro regímenes especiales restantes mantienen su identidad, pero conscientes de estar en el camino de convergencia hacia uno u otro. Hoy por hoy procede calificar a los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y para la Minería del Carbón de puramente testimoniales. Los 51.700 trabajadores por cuenta ajena del mar están llamados a integrarse en el Régimen General constituyendo un sector laboral que garantice sus peculiaridades en materia de cotización y acción protectora. Los 15.126 trabajadores por cuenta propia del mar habrán de integrarse, más pronto que tarde, en el RETA, constituyendo si fuera preciso un nuevo sistema especial. Por lo que respecta a los 8.030 afiliados al Régimen Especial para la Minería del Carbón cabe preguntarse si el sector ha tocado fondo y el colectivo ya no justifica su exis-

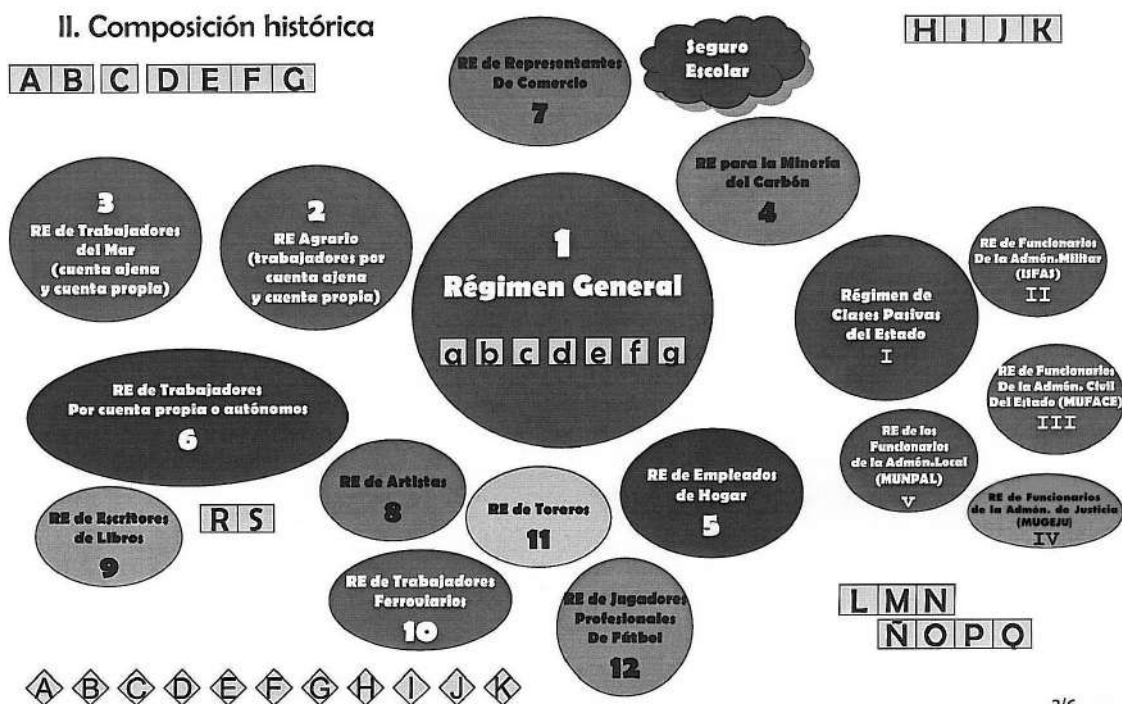
tencia o si languidece con algunos años más y se certifica su desaparición.

Mayor problemática presenta la evolución del Régimen Especial Agrario, integrado actualmente por 730.451 trabajadores por cuenta ajena, con una acción protectora muy similar al Régimen General, pero con unas notables diferencias en lo que a las relaciones instrumentales de afiliación y cotización se refiere. Finalmente, el Régimen Especial de Empleados de Hogar integrado por el colectivo de trabajadores fijos (176.019) y el colectivo de los discontinuos (93.142) puede tener ante sí un horizonte de convergencia con el Régimen General, en el que habrá que compaginar las posibilidades económicas de los cabezas de familia y las pretensiones prestacionales de los sujetos protegidos.



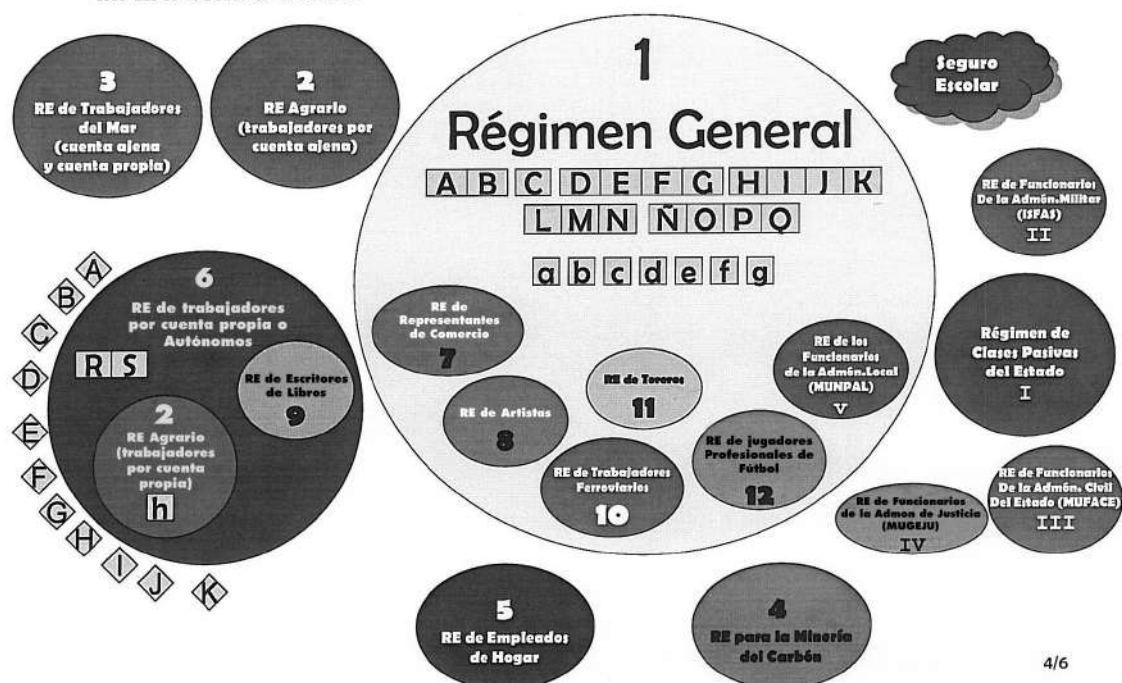
El Sistema de la Seguridad Social

II. Composición histórica



3/6

III. Estructura actual



4/6

INTEGRACIONES Y SISTEMAS ESPECIALES

Sectores laborales integrados en el Régimen General

A	Obra de Protección de Menores
B	Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana
C	Mutualidad de la Previsión (INP y otros)
D	Caja de Pensiones de Personal del Banco de Crédito Local
E	Caja de Pensiones del Banco Hipotecario de España
F	MPS del Banco de Crédito a la Construcción
G	Caja de Pensiones de Empleados del Banco de España
H	Mozos Arrumbadores de Aduanas
I	Servicio de Vigilancia Aduanera
J	Mancomunidad de los Canales de Taibilla
K	MPS para Empleados y Obreros de Puertos
L	Caja de Pensiones del SN de Cultivo y Fermentación del Tabaco
M	Tabacalera SA y Caja de Pensiones de Tabacalera SA
N	Organización de Trabajos Portuarios
Ñ	Caja de Previsión Social de la ONCE
O	Institución Telefónica de Previsión
P	Ferrocarril Metropolitano de Barcelona SA
Q	Empleados de Notarías

Sistemas Especiales en el Régimen General

a	Industria resinera
b	Conservas vegetales
c	Frutas y hortalizas
d	Tareas de manipulado y empaquetado de tomate fresco
e	Servicios extraordinarios de la industria de hostelería
f	Trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de exhibición cinematográfica, salas de fiestas, de bingo, salas de baile y discotecas y espectáculos taurinos
g	Trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudio de mercado y opinión pública

Sistema Especial en el RE de Trabajadores Autónomos

h	Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios
----------	---

Sectores laborales integrados en el RE de Trabajadores Autónomos

R	Mutualidad Notarial
S	Mutualidad de Corredores de Comercio Colegiados

5/6

179

MUTUALIDADES ALTERNATIVAS Y ENTIDADES DE OTROS RR.EE.

Mutualidades de Previsión Social alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)

A	Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos
B	Mutualidad General de la Abogacía
C	Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos Españoles
D	Mutualidad General de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España
E	Hermanidad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores
F	Mutualidad de Previsión Social de Peritos o Ingenieros Técnicos Industriales (MUPITI)
G	Asociación Mutualista de Ingeniería (AMIC)
H	Mutualidad de Previsión Social Mutual Médica (anteriormente Mutual Médica de Catalunya i Balears)
I	Mutua de Previsión Social dels Advocats de Catalunya (ámbito autonómico)
J	Mutua de Previsión Social del Col·legi d'Enginyers Industrials de Catalunya (ámbito autonómico)
K	Caja Familiar de Previsión Social de los Médicos de Cantabria (ámbito autonómico)

Entidades de los Regímenes Especiales externos y complementarios

MUNPAL	Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
MUFACE	Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial

II El Pacto de Toledo y su renovación

A principios de los noventa se registran en el ámbito de la Seguridad Social unos crecientes déficit en sus presupuestos, simultáneamente se constata una recesión económica que generará una caída de las cotizaciones y los políticos vislumbran un incierto futuro a causa del aumento del paro y del envejecimiento de la población, factores todos que motivan una Proposición no de Ley por la que el Pleno del Congreso de los Diputados acuerda, el 6 de septiembre de 1993, la creación de una Ponencia, en el seno de la Comisión de Presupuestos, con la finalidad de elaborar un Informe donde se definan las principales líneas de la reforma de la Seguridad Social, que deberá acometerse en los próximos años para garantizar el pago de sus prestaciones y evitar mayores déficit públicos al Presupuesto del Estado. Fruto de dicha Comisión serán las quince recomendaciones contenidas en su Informe, que sin modificación alguna consigue la práctica unanimidad de la Cámara, siendo debatido y aprobado su texto en sesión de 6 de abril de 1995, constituyendo dicho acuerdo –conocido como Pacto de Toledo– el exponente del más amplio consenso alcanzado por los grupos políticos en esta materia.

Pues bien, la preocupación social y política sobre el futuro del sistema público de pensiones se limitaba pura y llanamente al sistema de la Seguridad Social “strictu sensu”.

El Régimen de Clases Pasivas y sus mecanismos de protección complementarios al parecer estaban gozando de una salud envidiable, pues ni un solo dato ni una sola referencia sobre sus afiliados, sus beneficiarios, sus prestaciones, su gestión ... Toda la serie de cuadros conteniendo las magnitudes del sistema se refieren al Régimen General y a los Regímenes Especiales “internos”: Agrario, Autónomos, Mar, Minería del Carbón y Empleados de Hogar. En consecuencia, no es de extrañar que la sexta recomendación del Informe, titulada Simplificación e integración de regímenes especiales limite su perspectiva. A pesar –como antes se ha indicado– que el grupo en que se encuadrarán los funcionarios públicos, civiles y militares, tiene la consideración de Régimen Especial, y como tal es uno de los que textualmente integran el sistema de la Seguridad Social (artículos 9 y 10 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), lo cierto es que en el informe se recomienda que “desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema se continúe en este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes existentes y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo

todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”. Y punto final. Dicho de otra manera, los padres de la patria no tomaron en consideración a este singular régimen especial constituido por los funcionarios del Estado, también conocido como Sistema de Clases Pasivas. Cabe preguntarse la razón de tal omisión u olvido y la respuesta es contundente: en un sistema de protección cuya financiación se cubre con las aportaciones del Estado no pueden existir déficit presupuestarios. Si el crédito inicial es insuficiente, las transferencias de crédito precisas cubrirán como mínimo las obligaciones reconocidas.

Vid en anexo nº 1 referido al Ejercicio de 2006, el Presupuesto de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. Créditos y Ejecución Presupuestaria por Programas.

Otro tanto ha de decirse de los mecanismos de protección complementaria gestionados por el ISFAS, MUFACEY MUGEJU. La distribución del presupuesto anual del Instituto en términos porcentuales es la siguiente:

● Aportación del Estado	80%
● Cotización de titulares	15%
● Subvención del Estado	3%
● Otros ingresos	2%

(Fuente: Carta de Servicios 2005. Recursos Económicos. Cotización)

O sea –dicho de manera llana y sencilla, pero en términos de Seguridad Social– el Estado, en su condición de empleador o empresario de sus funcionarios no cotiza por ellos. Las únicas cotizaciones existentes son las correspondientes a los trabajadores públicos y titulares de los derechos. Anualmente, en los Presupuestos Generales del Estado se dispone el tipo de cotización que corresponde asumir a los funcionarios según su adscripción a las distintas entidades gestoras, siendo la base de cotización la establecida como haber regulador para derechos pasivos. Brilla, pues, por su ausencia, el tipo que determinaría una hipotética “cuota patronal”, que –como se ha expuesto– es inexistente. No cabe extrañarse, pues, que en el Pacto de Toledo no aparezca referencia alguna a los funcio-

narios públicos como régimen especial y grupo susceptible de integrarse en este amplio y esbozado régimen de trabajadores por cuenta ajena, pues la preocupación de los parlamentarios por los negros presagios de la Seguridad Social se limitaban al núcleo del sistema, el Régimen General y los regímenes especiales internos.

EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS, JUNTO CON EL COMPLEMENTO DEL MUTUALISMO Y EL APÉNDICE DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES POR HIJO A CARGO, CONFORMAN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS CIVILES Y MILITARES

Por supuesto al producirse la llamada renovación del Pacto de Toledo, el nuevo informe parlamentario aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su reunión del 2 de octubre de 2003 limita de nuevo su ámbito al sistema de Seguridad Social en los términos expresados. El informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos para la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo insiste que “debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia”, a la vez que señala las pautas del proceso de integración haciendo referencia a la situación de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar y que el mismo se produzca de manera gradual y no traumática. De nuevo se constata a lo largo del informe –que incluye cinco nuevas recomendaciones adicionales– y del anexo estadístico (55 cuadros) que el Régimen de Clases Pasivas y sus mecanismos complementarios de protección no están incluidos en dicho proceso.

III Los Regímenes Especiales externos

El Régimen de Clases Pasivas constituye uno de los mecanismos de cobertura que, junto con el complemento del Mutualismo (Administrativo, Judicial o Militar) y el apéndice de las prestaciones familiares por hijo a cargo, que sustituyó a la extinguida Ayuda Familiar, conforman los Regímenes Especiales de funcionarios públicos civiles y militares, a que se refirió el artículo 10 de la Ley de Seguridad Social y mantiene

en el mismo precepto el vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado, 109/1963, de 29 de julio, y la citada Ley de Bases de la Seguridad Social, 193/1963, de 28 de diciembre, dispusieron la necesidad de una Seguridad Social para los funcionarios, siquiera fuera en forma de Régimen Especial, y aunque formalmente aparecieron las disposiciones que así lo establecían, su regulación no guardó relación alguna con el sistema de la Seguridad Social propiamente dicho, de ahí que por algunos sectores de la doctrina se haya calificado de “externos” a dichos Regímenes Especiales, al referirse a los siguientes:

a) Régimen Especial de Funcionarios de la Administración Militar, establecido por la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y actualmente regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley, y por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en vigor desde el día 1 de enero de 2008.

b) Régimen Especial de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, establecido por la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, y actualmente regulado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley, y por el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, disposiciones ambas objeto de varias modificaciones.

c) Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia, establecido por el Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y objeto de numerosas modificaciones posteriores. El Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, aprobó el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, objeto a su vez de varias modificaciones.

Con el paso del tiempo y en base al principio de homogeneidad con el Régimen General se han incorporado a dichos textos similares contenidos que los que en el ámbito del sistema de la Seguridad Social regulan prestaciones de idéntica naturaleza a las que se recogen en el Régimen Especial correspondiente: prestaciones de asistencia sanitaria, lesiones permanentes no invalidantes, por hijo a cargo, por parto múltiple o incapacidad temporal.

La protección de cada colectivo es, pues, la suma de los siguientes mecanismos de cobertura:

Uno. El Régimen de Clases Pasivas, común a los tres colectivos, y regulado por diversas disposiciones, entre las que sobresale el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que ha sido objeto de múltiples modificaciones, vía leyes de Presupuestos Generales del Estado, vía leyes de acompañamiento. A dicho régimen le corresponde cubrir las contingencias y riesgos de vejez, invalidez y muerte y supervivencia, a través de prestaciones económicas periódicas: pensiones de jubilación para los funcionarios civiles, de retiro para los funcionarios militares, de viudedad, de orfandad y en favor de los padres.

Aunque a los efectos de esta exposición no sea relevante, procede puntualizar que el también denominado sistema de Clases Pasivas del Estado acoge –a falta de otro espacio de cobertura– un heterogéneo conjunto de medidas de protección en favor de otros colectivos, resultado de diferentes contingencias y hechos causantes.

Vid. en anexo nº 2 un Cuadro-resumen de la acción protectora del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

Dos. El Mutualismo Administrativo, Judicial o Militar, específico para cada colectivo, que cubre los riesgos de alteración de la salud, incapacidad temporal, incapacidad permanente o inutilidad para el servicio, cargas familiares, etc. mediante un amplio cuadro de prestaciones, a las que tienen derecho los mutualistas (asegurados en el ámbito de las Fuerzas Armadas) o sus beneficiarios, cuando se encuentren en los supuestos de hecho legalmente establecidos.

Un tercer mecanismo de cobertura denominado Ayuda Familiar ha sido progresivamente sustituido por la protección dispensada mediante las prestaciones familiares por hijo a cargo, con el mismo alcance y contenido que lo dispuesto para el sistema de la Seguridad Social, primero en su modalidad contributiva, y al trocarse su financiación en su modalidad no contributiva.

Vid. en anexo nº 3 un Cuadro-resumen de la acción protectora de los Regímenes Complementarios.

LA NUEVA LEGISLATURA QUE SE INICIA AHORA DEBE ACOMETER UNA NUEVA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PENSIONES ORDINARIAS						
DE JUBILACIÓN O RETIRO				EN FAVOR DE FAMILIARES		
De carácter forzoso	De carácter voluntario	Voluntaria LOGSE (para personal docente)	Por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad	Viudedad	Orfandad	En favor de los padres
●	●	●	●	●	●	●

RÉGIMEN ESPECIAL	ASISTENCIA SANITARIA			SUBSIDIOS			
	Asistencia médico-quirúrgica	Prestación farmacéutica	Prestaciones complementarias	Incapacidad temporal	Maternidad	Paternidad	Riesgo durante el embarazo
FUNCIONARIOS CIVILES DEL ESTADO	●	●	●	●	(1)	(1)	●
FUERZAS ARMADAS	●	●	●	● (3)	(1)	(1)	● (4)
FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	●	●	●	●	(1)	(1)	●



Protección incluida



Protección no incluida

Palma, febrero de 2008. AC/aa

CUADRO-RESUMEN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO

PENSIONES EXTRAORDINARIAS DE JUBILACIÓN Y EN FAVOR DE FAMILIARES POR ACCIDENTE O ENFERMEDAD EN ACTO DE SERVICIO O COMO CONSECUENCIA DEL MISMO				PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA	PENSIONES EXCEPCIONALES	PENSIONES ESPECIALES DE GUERRA					INDEMNIZACIONES Y AYUDAS			OTRAS PENSIONES Y PRESTACIONES				
Jubilación o retiro por incapacidad permanente	Viudedad	Orfandad	En favor de los padres	De carácter transitorio derivada del proceso de transferencia a las CCAA	Reconocidas en virtud de ley a personas determinadas	Mutilados de guerra	Familiares fallecidos en la guerra civil	Mutilados civiles	Mutilados excombatientes	Fuerzas e Institutos Armados de la República	Indemnización por tiempo de prisión	Afectados VIH	Ayudas a las víctimas de delitos violentos	Cruces y medallas	Montepío de Guinea	Marroquíes	Camineros	Ex-ministros,...
●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●

CUADRO-RESUMEN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS

Riesgo durante la lactancia natural	PRESTACIONES RECUPERADORAS			INCAPACIDAD PERMANENTE			LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES	SERVICIOS SOCIALES					ASISTENCIA SOCIAL		PRESTACIONES FAMILIARES		AYUDAS ECONÓMICAS POR PARTO MÚLTIPLE	
	Incapacidad permanente total	Incapacidad permanente absoluta	Gran invalidez	Incapacidad permanente parcial	Inutilidad para el servicio	Prestación de jubilación por incapacidad permanente		Subsidio de jubilación	Acción formativa	Subsidio de defunción	Ayuda de sepelio	Programas socio-sanitarios	Ayudas asistenciales	Ayudas económicas para adquisición de vivienda	Por hijo a cargo menor 18 años no minusválido	Hijo a cargo minusválido	Subsidio especial por maternidad	Prestación económica de pago único
● (2)	●	●	●	●			●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●
					●		●			● (5)		● (6)	●	●	●	●	●	●
● (2)	●	●	●			●	●	● (7)		● (8)	●		●	●	●	●	●	●

- (1) La situación se protege mediante permiso o licencia por parto, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente.
- (2) DA vigésimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.
- (3) En el caso de funcionarios civiles y personal estatutario del CNI. No aplicable al personal militar ni a la Guardia Civil.
- (4) En caso de mujer funcionaria en los términos previstos en el art. 69.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; no aplicable al personal militar.
- (5) Ayuda por fallecimiento.
- (6) Incluye ayuda social para celiacos.
- (7) Ayuda a jubilados forzados por razón de edad.
- (8) Auxilio rescate defunción.

En enero 2008 el número de pensiones de Clases Pasivas arrojó la cifra de 593.074, por un importe total de 670.921.446,18 euros habiéndose producido en el colectivo 1.247 altas y 1.866 bajas. Ahora bien, por razones de análisis interesa extraer los datos referidos a las pensiones de Clases

SERÁ EN LAS SIMILARES
SITUACIONES DE
NECESIDAD Y PROTECCIÓN
DIFERENCIADA DONDE
HABRÁ DE INICIARSE
UN PROCESO DE
CONVERGENCIA DE LAS
DISTINTAS PRESTACIONES

Pasivas "strictu sensu," tanto de legislación antigua (hasta 31.12.1984) como de legislación nueva (desde 01.01.1985) y prescindir de los referidos a las pensiones especiales de guerra, las indemnizaciones y ayudas y el cajón de sastre de otras pensiones y prestaciones. De aquella cifra, 502.380 pensiones corresponden al colectivo susceptible de integrarse en el Régimen General, por un importe de 628.056.701,20 euros, lo que supone una pensión media de 1.250,16 euros. El "resto" de pensiones y prestaciones, incluidas también en la sección 07 "Clases Pasivas," en razón a su ubicación en el Presupuesto General del Estado de 2008, pero no asimilables al ámbito objetivo del Régimen General, hacen un total de 90.694, que se corresponden con una nómina mensual de 42.864.744,98 euros y un promedio de 472,62 euros.

IV La acción protectora del sistema y su financiación

Desde su implantación en 1967 el sistema de la Seguridad Social ha experimentado un avance incuestionable en la protección de las contingencias, tanto en extensión como en intensidad. Dos grandes leyes enmarcan el principio y el final –por el momento– de este progreso social. La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General, que reformó la base de cotización y, por tanto, la base reguladora de las prestaciones, y estableció unas sustanciales mejoras en el conjunto de la acción protectora y singularmente de las pensiones, abrió el camino de la transformación del sistema, cuyos principios inspiradores son esencialmente dinámicos. La reciente Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, fruto de un amplio diálogo social y político y que constituye un nuevo ejemplo de avance social sostenible, cierra el proceso de actualización hasta la fecha.

En enero de 2008 el sistema de Seguridad Social "strictu sensu" ofrece un amplio abanico de contingencias y situaciones cubiertas y aunque el Régimen General continúa siendo el modelo de referencia –en su día superado por los regímenes especiales con un "plus de protección" (Mar y Minería del Carbón) – las distancias con los "otros" regímenes especiales (autónomos, agrario y empleados de hogar) se han reducido notablemente, debido no tan sólo a una progresiva equiparación de derechos sino a la feliz idea del legislador de legislar para el sistema, y no para su núcleo central. Con todo subsisten déficit de protección que cabe identificar con los orígenes y características del colectivo y que requerirán un esfuerzo de solidaridad y diversos períodos graduales de integración.

En la serie B de anexos referida a la acción protectora del sistema se advierte formalmente su alcance y esa perspectiva de equiparación entre los regímenes "internos" del mismo.

CUADRO RESUMEN DE LA ACTUAL ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

	Protección incluida
	Cobertura voluntaria
	Protección excluida
	De aplicación en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. Instrucciones provisionales INSS

SITUACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS		ASISTENCIA SANITARIA
RÉGIMEN		
GENERAL		
AGRARIO		
TRABAJADORES DEL MAR	Cuenta ajena	
	Cuenta propia	
TRABAJADORES AUTÓNOMOS	En general	
	Sistema Especial Trabajadores Agrarios	
EMPLEADOS DE HOGAR		
MINERÍA DEL CARBÓN		

Serie B

Palma, febrero de 2008. AC/aa

La clarificación y separación de las fuentes de financiación –en función de la naturaleza de las prestaciones– ha supuesto para el sistema desprenderse de una pesada carga, soportada durante decenios, quedando como rescoldo temporal los complementos de mínimos de pensiones. Las cotizaciones sociales deben garantizar la cobertura financiera de las prestaciones contributivas, en tanto que las prestaciones no contributivas y universales, han de ser exclusivamente financiadas a través de la imposición general y con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, como una partida más. La primera y más importante recomendación del Pacto de Toledo se ha cumplido.

A 1 de febrero de 2008 el número de pensiones contributivas de la Seguridad Social alcanzó la cifra de 8.335.633 pensiones, lo que representa un incremento interanual del 1,3 por ciento. Dicha nómina alcanzó la respetable suma de 5.959 millones de euros, un 8,1 por ciento más que el mismo mes del pasado año,

situándose la pensión media del sistema en 714,91 euros al mes, lo que supone un aumento interanual de 6,8 por 100. La pensión media del Régimen General se situó en 855,62 euros.

A falta de datos definitivos, el cierre de 2007 arrojará con toda seguridad un superávit de 13.000 millones de euros, cifra que constituye un nuevo hito en el diferencial de ingresos y gastos del sistema. Este excedente presupuestario ha permitido una última aportación de 4.700 millones de euros –acordada en febrero pasado– al Fondo de Reserva de la Seguridad Social que roza ya los 51.000 millones de euros, cifra que garantiza con holgura hasta ocho mensualidades y media el actual importe de la nómina de las pensiones. A estas alturas del año la previsión es cerrar 2008 con un superávit superior a 8.000 millones de euros. De seguir así las cosas, la “hucha de las pensiones” en cuatro o seis años podría alcanzar los 90.000 ó 100.000 millones de euros, el 10 por ciento del PIB, lo que

INCAPACIDAD TEMPORAL	MATERNIDAD		PATERNIDAD (9)	RIESGO DURANTE EL EMBARAZO (6)	RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL (9)	INCAPACIDAD PERMANENTE	LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES	JUBILACIÓN	MUERTE Y SUPERVIVENCIA					PRESTACIONES FAMILIARES		PRESTACIÓN ECONÓMICA PROFESIÓN RELIGIOSA	ASISTENCIA SOCIAL	DESEMPLEO			ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES
	SUPUESTO GENERAL	SUPUESTO ESPECIAL (8)							DEFUNCIÓN	VIUDEDAD	ORFANDAD	FAVOR FAMILIARES	INDEMNIZACIÓN A TANTO ALZADO	MODALIDAD CONTRIBUTIVA	MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA			NIVEL CONTRIBUTIVO	NIVEL ASISTENCIAL	RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN (7)	
●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		(1)	●	●	●	●
●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		(1)	●	(2)	(3)	●
●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	(4)	(4)	●	●
+	●	●	●	P (10)	P (10)	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	(5)	(5)	●	●
● (12)	●	●	●	P (10)	P (10)	●	+	●	●	●	●	●	+	●	●		●				+
+	●	●	●	P (10)	P (10)	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●				+
●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●				
●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●				●

(1) En el ámbito de las Entidades Gestoras suprimidas “de facto” a partir de 01.04.78, subsiste en el de las Mutuas de AT y EP

(2) Inicialmente para los trabajadores fijos. La protección de los trabajadores eventuales se inicia el 01.06.02

(3) Para trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura existe una protección específica

(4) Con independencia de su grupo de clasificación, incluidos los trabajadores de estiba portuaria

(5) Carecen de protección, incluso aunque estén asimilados a trabajadores por cuenta ajena

(6) Protección establecida por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, con efectos de 7.11.99

(7) Programa permanente establecido por RD 1369/2006, de 24 de noviembre

(8) Prestación establecida por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07, teniendo la consideración de no contributiva a efectos de su financiación

(9) Protección establecida por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07

(10) Si no hay opción para la cobertura de riesgos profesionales, la prestación es reconocida por contingencia común

(11) Al no haber cobertura de riesgos profesionales, la prestación es reconocida por contingencia común

(12) Cobertura obligatoria a partir de 01.01.08, en virtud de la DA tercera de la Ley 20/2007, de 11 de julio, “siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social”, y expresamente para los TRADE (art. 26.3)

(13) Cobertura obligatoria para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y para los autónomos que presenten un mayor grado de siniestralidad (a determinar reglamentariamente), en virtud del art. 26.3 y de la DA tercera.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, respectivamente.

(14) Cobertura voluntaria para la totalidad de las contingencias profesionales y cobertura obligatoria por “invalididad, muerte y supervivencia” (art. 122.Cinco.4 Ley 51/2007, de 26 diciembre)

equivale a un razonable colchón ante la hipotética crisis que el sistema pueda padecer en las próximas décadas.

Remontándonos al año 2000, primer ejercicio con superávit y dotación al Fondo de Reserva (601 millones de euros), las cotizaciones sociales de los distintos sujetos responsables de la obligación de cotizar (empresarios, trabajadores por cuenta ajena, autónomos, comprometidos por convenio especial, etc.) han permitido desde entonces hasta el ejercicio 2007 inclusive financiar el importe total de las prestaciones contributivas del sistema, anticipar la devolución de préstamos al Estado y generar un depósito acumulado en el Fondo de Reserva en

HAY QUE DAR PASOS DECIDIDOS [...] MEDIANTE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

la cifra antes expresada, para sorpresa de propios y extraños. Pues bien, de haber tenido el sistema de la Seguridad Social el mismo esquema de financiación que el Régimen de Clases Pasivas y los regímenes especiales que lo complementan, ningún superávit –tampoco ningún déficit– se hubiera producido. Cuando tantas voces –interesadas en su mayoría– hacen patente su preocupación por el futuro del sistema de la Seguridad Social, olvidan o silencian los mecanismos de protección social de los funcionarios públicos, civiles y militares del Estado, como si de hijos predilectos se tratase y por tanto, lejos de penurias y dificultades ante el futuro. El papá-Estado proveerá. En la Constitución Española de 1978 no se advierte otro reconocimiento que el general constituido básicamente por su artículo 41, que dispone que los poderes públicos mantendrán “un” régimen público de Seguridad Social para “todos” los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad,...

186

SITUACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS RÉGIMEN		ASISTENCIA SANITARIA (1)			INCAPACIDAD TEMPORAL				RIESGO DURANTE EL EMBARAZO (5)		RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL (6)		
		POR ENFERMEDAD COMÚN Y ACCIDENTE NO LABORAL (2)	POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL	POR MATERNIDAD (2)	LAS DEBIDAS A				PERÍODO DE OBSERVACIÓN POR ENFERMEDAD PROFESIONAL	CAMBIO DE PUESTO O FUNCIÓN	PRESTACIÓN ECONÓMICA	CAMBIO DE PUESTO O FUNCIÓN	PRESTACIÓN ECONÓMICA
					ENFERMEDAD COMÚN	ENFERMEDAD PROFESIONAL	ACCIDENTE DE TRABAJO	ACCIDENTE NO LABORAL					
GENERAL		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
AGRARIO		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
TRABAJADORES DEL MAR	Cuenta ajena	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
	Cuenta propia	●	●	●	+	+	+	+	+	P	P	P	P
TRABAJADORES AUTÓNOMOS	En general	● (3)	+	●	● (4)	+	+	● (4)	+	P (8)	P (8)	P (8)	P (8)
	Sistema Especial Trabajadores Agrarios	●	+	●	+	+	+	+	+	P	P	P	P
EMPLEADOS DE HOGAR		●		●	●			●		● (7)	● (7)	● (7)	● (7)
MINERÍA DEL CARBÓN		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●

DESGLOSE DE LA ACCIÓN PROTECTORA VIGENTE DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: PRESTACIONES SANITARIAS Y SUBSIDIOS

- Protección incluida
- +
- Protección excluida
- P Pendiente de que se establezcan reglamentariamente los términos y condiciones para su efectividad

- (1) Incluye la recuperación profesional cuando se aprecie su procedencia
- (2) A los efectos de su financiación tiene la naturaleza de prestación no contributiva desde 01.01.98
- (3) En expresión literal enfermedad común y accidente, cualquiera que sea la causa que la motive
- (4) En expresión literal enfermedad o accidente, cualquiera que sea su causa
- (5) Protección establecida por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, con efectos de 7.11.99, como contingencia común. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07 le da la naturaleza de contingencia profesional
- (6) Protección establecida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07, con la naturaleza de contingencia profesional
- (7) En el REEH no hay cobertura de riesgos profesionales
- (8) Cobertura obligatoria para los TRADE y para los autónomos que presenten un mayor grado de siniestralidad (pendiente unos y otros de desarrollo reglamentario)

Palma, febrero de 2008. AC/aa

DESGLOSE DE LA ACCIÓN PROTECTORA VIGENTE DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: MATERNIDAD Y PATERNIDAD

RÉGIMEN		SITUACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS	MATERNIDAD																PATERNIDAD [3]								
			SUPUESTO GENERAL														SUPUESTO ESPECIAL [2]		NACIMIENTO DE HIJO		ADOPCIÓN (PATERNIDAD LEGAL)		ACOGIMIENTO preadoptivo, permanente o simple, y provisionales				
			Maternidad (biológica)						Adopción (maternidad/paternidad legal)				Acogimiento: preadoptivo, permanente o simple, y provisionales [3]														
			PARTO			DISCAPACIDAD DEL HIJO (2 semanas adicionales)	PERÍODOS DE DESCANSO VOLUNTARIO Y OBLIGATORIO	OPCIÓN EN FAVOR DEL PADRE DEL DESCANSO VOLUNTARIO	OPCIÓN EN FAVOR DEL PADRE POR FALLECIMIENTO DE LA MADRE	TIPO		DISCAPACIDAD DEL MEJOR (2 semanas adicionales)	ADOPCIÓN DE MENORES HASTA 6 AÑOS Y MAYORES EN DETERMINADOS SUPUESTOS	OPCIÓN DE LOS PADRES EN EL DISFRUTE DEL DESCANSO	TIPO		DISCAPACIDAD DEL MEJOR (2 semanas adicionales)	ACOGIMIENTO DE MENORES HASTA 6 AÑOS Y MAYORES EN DETERMINADOS SUPUESTOS	OPCIÓN DE LOS PADRES EN EL DISFRUTE DEL DESCANSO								
			SIMPLE (16 semanas)	MÚLTIPLE (2 semanas más)	PREMATUROS Y HECHIZOS (hasta 13 semanas adicionales)					UNO SÓLO (16 semanas)	MÚLTIPLE (2 semanas más)				UNO SÓLO (16 semanas)	MÚLTIPLE (2 semanas más)											
GENERAL		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
AGRARIO		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
TRABAJADORES DEL MAR	Cuenta ajena	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
	Cuenta propia	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
TRABAJADORES AUTÓNOMOS	En general	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
	Sistema Especial Trabajadores Autónomos	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
EMPLEADOS DE HOGAR		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
MINERÍA DEL CARBÓN		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●

● Protección incluida □ Protección excluida

- (1) En expresión literal enfermedad común y accidente, cualquiera que sea la causa que la motive
 (2) Prestación establecida por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07, teniendo la consideración de no contributiva a efectos de su financiación
 (3) Protección establecida por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con efectos de 24.03.07

DESGLOSE DE LA ACCIÓN PROTECTORA VIGENTE DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: PENSIONES E INDEMNIZACIONES

SITUACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS <	
---	--

● Protección incluida + Cobertura voluntaria □ Protección excluida

- (1) Legalmente no constituye un grado de incapacidad permanente (art. 137 LGSS/94)
 (2) Modalidad incluida por el Real Decreto-Ley 16/201, de 27 de diciembre, con efectos a partir de 01.01.02
 (3) Modalidad incluida, con efectos del uno de abril anterior, por el RDL 5/1998, de 29 de mayo y, posteriormente, por la Ley 47/1998, de 23 de diciembre
 (4) Cobertura obligatoria para los TRADE y para los autónomos que presenten un mayor grado de siniestralidad (pendiente unos y otros de desarrollo reglamentario)
 (5) Únicamente en caso de cobertura de las contingencias profesionales de AT y EP (art. cuarto del RD 1273/2003, de 10 de octubre)
 (6) Prestación establecida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre

**DESGLOSE DE LA ACCIÓN PROTECTORA VIGENTE DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL:
OTRAS PRESTACIONES Y DESEMPLEO**

SITUACIONES Y CONTINGENCIAS PROTEGIDAS			PRESTACIONES FAMILIARES										PRESTACIÓN ECONÓMICA POR PROFESIÓN RELIGIOSA	ASISTENCIA SOCIAL				
			MODALIDAD CONTRIBUTIVA		MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA													
			CONSIDERACIÓN DE LOS PERÍODOS DE EXCEDENCIA COMO COTIZADOS (15)	ASISTENCIA SANITARIA	ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO A CARGO (cómputo anual)				PRESTACIONES ECONÓMICAS DE PAGO ÚNICO (12)									
					MENOR DE 18 AÑOS		MAYOR DE 18 AÑOS		MENOR DE 18 AÑOS		MAYOR DE 18 AÑOS							
					SIN MINUSVALÍA		CON MINUSVALÍA DEL 33% O SUPERIOR		CON MINUSVALÍA DEL 65% O SUPERIOR		MINUSVALÍA DEL 75% O SUPERIOR Y OTRA PERSONA							
					Menos de 3 años	Entre 3 y 18 años					NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO (16)			POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO, EN SUPUESTOS DE FAMILIAS NUMEROSAS, MONOPARENTALES Y MADRES DISCAPACITADAS		PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLES (2, 3, 4 Y MÁS)		
RÉGIMEN			500€	291€	1.000€	3.941,28 €	5.911,92 €	2.500€	1.000€	4,8 y 12 SMI								
GENERAL			●	●	●	●	●	●	●	●	●	-			-	●		
AGRARIO			●	●	●	●	●	●	●	●	●	-			-	●		
TRABAJADORES DEL MAR	Cuenta ajena	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	-	● (17)	●	-	●		
	Cuenta propia			●	●	●	●	●	●	●	●	-	● (17)	●	-	●		
TRABAJADORES AUTÓNOMOS	En general			●	●	●	●	●	●	●	●	-				+		
	Sistema Especial Trabajadores Agrarios			●	●	●	●	●	●	●	●	-			-	●		
EMPLEADOS DE HOGAR			●	●	●	●	●	●	●	●	●	-						
MINERÍA DEL CARBÓN			●	●	●	●	●	●	●	●	●	-			-	●		



Protección incluida

+

Cobertura voluntaria



Protección excluida

-

Protección suprimida de "facto" a partir de 01.04.78

(7) Asignación de pago único en suspenso, conforme Oficio Circular del INSS nº 19.722, de 12 de mayo de 1981

(8) Inicialmente para los trabajadores fijos. La protección de los trabajadores eventuales se inicia el 01.06.02. Para Andalucía y Extremadura subsiste el subestablecido por el Real Decreto 2389/2004, de 30 de diciembre

(9) Para los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura existe una protección específica

(10) Con independencia de su grupo de clasificación, incluidos los trabajadores de estiba portuaria

(11) Carecen de protección, incluso aunque estén asimilados a trabajadores por cuenta ajena

(12) Protección establecida por el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, con efectos a partir del 18.01.00, y modificada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre

(13) Establecida por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, con efectos a partir del 13.04.03

(14) Únicamente para las víctimas de violencia de género o doméstica

(15) La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, extiende el beneficio a la excedencia en razón de cuidado de otros familiares hasta el segundo grado (anteriormente)

(16) Siempre que no se hubiera tenido derecho a la deducción de 2.500€ anuales en el IRPF. Por Resolución de 16.11.07 el INSS delega el ejercicio de la competencia

(17) Reguladas por Orden TAS/4218/2005, de 29 diciembre. No son de aplicación a las CC.AA. con los servicios sociales traspasados

V Una hoja de ruta

El hecho de que en determinados ámbitos se hable y hasta se escriba de una posible convergencia del Régimen de Clases Pasivas y sus mecanismos complementarios en el sistema –formalmente único– de la Seguridad Social, no implica que existan actuaciones relevantes o pretensiones orientadas a tal fin. El espacio disponible de esta colaboración no ha permitido un análisis objetivo de la extensión e intensidad de la protección dispensada por “ambos mundos”; que hubiera puesto de manifiesto quien lleva últimamente la iniciativa y quien mantiene sus esquemas, pero a la vez incorpora las bondades ajenas. Ahora bien, ello no impide marcar una posible hoja de ruta, aún siendo consciente que no se advierte interés alguno de convergencia y menos de unificación. Cualquier pronunciamiento político, económico o sindical en uno u otro sentido constituiría una valiente aportación, bien sea para dejar las cosas como están, bien sea para decir –parafraseando a aquel monarca– “marchemos todos... por la senda de la Constitución...”

Aunque este intento sea baldío ahí van los primeros hitos:

a) La nueva legislatura que se inicia ahora debe acometer una nueva Ley General de la Seguridad Social. Las modificaciones introducidas en el texto de 1994 por una pléyade de disposiciones de hondo calado social hacen inexcusable no solo su actualización sino un nuevo enfoque. Al legislar sobre la estructura y composición del sistema será el momento de comprobar si no queda otra alternativa que reproducir, por lo que a los funcionarios públicos, civiles y militares se refiere, los actuales artículos 9 y 10 de la ley vigente, o si por el contrario se apuesta por una gradual convergencia y real integración. Con esta última orientación y la recomendación del Pacto de Toledo, el sistema “único” de la Seguridad Social para “todos” los ciudadanos estaría integrado por tres regímenes: trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia y funcionarios públicos, civiles y militares.

b) Los principios de unidad, solidaridad e igualdad del sistema de la Seguridad Social (art. 2 de la LGSS) son perfectamente compatibles con la protección adecuada ante las distintas y diversas situaciones de necesidad que cada colectivo recabe. Como antes se ha indicado existen situaciones de cobertura con idénticos contenidos prestacionales; instituciones jurídicas presentes en ambos ordenamientos que se regulan de forma idéntica o similar (pensiones mínimas, revalorizaciones, límite máximo, etc.), y hasta una cierta mimética en el cálculo de algunas prestaciones (sirva de ejemplo la nueva redacción del artículo 140.1.b) de la LGSS, referido a la base regulado-

	DESEMPLEO							
	NIVEL CONTRIBUTIVO		NIVEL ASISTENCIAL			RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN		
POR CONSTANCIA EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS	PRESTACIÓN DESEMPLEO	ABONO APORTACIONES	SUBSIDIO DESEMPLEO	ABONO APORTACIONES	RENTA AGRARIA (13)	RENTA	ABONO COTIZACIÓN	AYUDA POR CAMBIO DE RESIDENCIA (14)
	●	●	●	●		●	●	●
	● (8)	● (8)	● (8)	● (8)	● (9)	●	●	●
	● (10)	● (10)	● (10)	● (10)		●	●	●
	● (11)	● (11)	● (11)	● (11)		●	●	●
● (7)								
	●	●	●	●		●	●	●

Subsidio a favor de trabajadores eventuales, finalmente

Ampliación, con efectos desde 01.07.07

Tratamiento por hijo o menor acogido)
Referencia en la AEAT

Palma, enero de 2008
AC/da

ra de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común que introduce un porcentaje en función de los años de cotización considerando a tal efecto los que resten al interesado para cumplir los 65 años, a imagen y semejanza de lo dispuesto en el artículo 31.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas.

En consecuencia será en las similares situaciones de necesidad y protección diferenciada donde habrá de iniciarse un proceso de convergencia de las distintas prestaciones. A modo de ejemplo: la comparativa del auxilio por defunción en el sistema de la Seguridad Social, consistente en 30,05 euros hasta 2007 (las mismas 5.000 pesetas de 1 de enero de 1967) y 33,06 euros en 2008, en virtud del propósito de incremento de un 50 por 100 en los próximos años, merced a la disposición adicional décima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y las actuales cuantías del subsidio por defunción y la ayuda por sepelio reconocidas en el ámbito de MUFACE, ISFAS y MUGEJU es sencillamente escandalosa. En materia de incompatibilidades, especialmente de las pensiones de jubilación, las diferencias son también de categoría. ¿Y qué decir del control de la incapacidad temporal?

c) La denominada "cuota de derechos pasivos" del Régimen de Clases Pasivas, que tiene al colectivo de los funcionarios como único sujeto responsable, debe verse acompañada de la cuota estatal, o sea, la cuota patronal del Estado. El Presupuesto General del Estado debe financiar las pensiones especiales de guerra, las pensiones excepcionales y otras similares (terrorismo, VIH, etc.) pero las pensiones del personal comprendido en su ámbito de cobertura tienen que financiarse de forma similar a las del sistema, eso es, mediante unas cuotas resultantes de aplicar al haber regulador o al conjunto de las retribuciones percibidas,

el tipo o tipos procedentes en función de las contingencias protegidas, ordinarias y extraordinarias.

d) En materia de gestión hay que dar pasos decididos en dos sentidos. En el ámbito del sistema mediante la creación de la Agencia de la Seguridad Social, como ente aglutinador de las actuales entidades gestoras (INSS e ISM) y servicios comunes (TGSS, GISS y Servicio Jurídico), con los apéndices de la Intervención General y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y ello por muchas razones, entre otras, para presentar ante las instituciones del Estado un único interlocutor válido en la gestión que tenga toda la cohesión y fuerza que el sistema representa. En el ámbito de Clases Pasivas, la actual Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas debería aligerar sus actuales competencias en beneficio de los Ministerios y organismos autónomos, por lo que a los funcionarios en activo se refiere, y de la Agencia, Estatal o Nacional, de la Seguridad Social, en lo que respecta al pago y reconocimiento –sin excepciones– de las pensiones del colectivo "strictu sensu". El acercamiento de los interesados a la gestión puede justificar la subsistencia del ISFAS. No cabe decir otro tanto de MUFACE y MUGEJU que, al menos, deberían integrarse formando una mutualidad única.

e) La constitución de una Comisión Mixta, integrada por expertos en el sistema "strictu sensu" de la Seguridad Social y por técnicos cualificados de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos, con la misión conjunta de efectuar un "estado de la cuestión", que ponga de manifiesto las igualdades, las similitudes, las diferencias y hasta las carencias (de cotización y de protección) de ambos mundos, y que remitido a las pertinentes instituciones del Estado sirva para adoptar las decisiones que en cada ámbito procedan, en orden, primero a su convergencia, y luego a su integración real en el sistema "único" de la Seguridad Social. ●

EL FONDO DE RESERVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA IMPORTANCIA DE LA VARIACIÓN DE LAS TASAS DE CRECIMIENTO DE LA RECAUDACIÓN Y DEL PAGO DE PENSIONES

Antonio DE GUINDOS JURADO

Economista. Cuerpo Superior de la Intervención de la Seguridad Social

Hace aproximadamente 10 años, desde los ámbitos financieros de la Seguridad Social empezamos a ser conscientes de un importante fenómeno relacionado con las tasas de variación de las principales magnitudes que componen la cuenta de resultados de la Seguridad Social.

Las tasas de crecimiento de la recaudación líquida de cotizaciones evolucionaban más rápidamente al alza que las tasas de incremento de los pagos por prestaciones.

Por otra parte, la demanda de aplazamiento de cuotas empezaba a contenerse, e incluso la mejora de los tipos de interés del mercado hizo que algunas empresas comenzasen a plantearle a la Tesorería General de la Seguridad Social la cancelación anticipada de aplazamientos de cuotas concedidos.

La posibilidad de constituir un fondo de reserva, tal y como quedó prevista en el apartado 2ºs, de los Pactos de Toledo, empezaba a tener visos de realidad.

También se había operado un cambio importante en el tratamiento de los fondos de la Seguridad Social que nunca se habían rentabilizado. Un acuerdo con el Banco de España, con el que la Tesorería General de la Seguridad Social se encontraba endeudada, fijó las bases de la amortización de la posición deudora en un plazo determinado y como contrapartida las cantidades depositadas en el Banco de España empezaron a retribuirse al MIBOR diario.

La fecha valor desde ese momento pasó a ser un dato presente en todos los movimientos financieros de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La aprobación del Reglamento de Gestión Financiera de la Seguridad Social, fijó los criterios de compensación a las

entidades financieras por su colaboración en la recaudación de cuotas y realización de pagos de la Seguridad Social. Esta compensación se realiza con el mantenimiento de un saldo medio, en cuenta corriente no retribuido, obtenido en función de las cuotas recaudadas. Compensadas las entidades financieras colaboradoras por su trabajo, todos los fondos son transferidos al Banco de España. La Seguridad Social no paga ningún tipo de comisión por servicios a las entidades financieras colaboradoras. Este reglamento, en plena vigencia a día de hoy, especifica el procedimiento de pago de cada una de las prestaciones y la forma de llevar el registro de entidades colaboradoras.

Además, la cuenta de relación de la Tesorería General de la Seguridad Social con el INEM, (ahora SPEE), una de las principales causas de los desequilibrios financieros de la Seguridad Social, mejoró su saldo por razón de la creación de empleo, que se presentó intensamente a partir de 1996, y que permitió pasar de un pago líquido anual por prestaciones de desempleo de 6.895 millones de euros en el año 1995 a un pago líquido anual, por el mismo concepto, de 5.229 millones de euros en el año 1999.

Es en ese momento, **confirmado que las cotizaciones recaudadas superaban en su importe global al importe global de pago de prestaciones, es decir sobre la base de un excedente financiero real, es cuando se decide constituir el fondo de reserva y hacer la primera aportación.**

No fue fácil acreditar ante la Intervención General de la Seguridad Social la existencia de ese excedente y que el mismo pudiera dedicarse a dotar una reserva nueva.

La figura del fondo de reserva concebida en los Pactos de Toledo, fue objeto de tratamiento mediante un Acuerdo

del Consejo de Ministros, cuyas, las líneas básicas, se resumen seguidamente:

- Fijación del excedente a la vista de liquidación de los ejercicios contables.
- Aportación al fondo de reserva de parte de esos excedentes.
- Creación de una cuenta corriente del fondo de reserva en el Banco de España retribuida con los mismos criterios que la cuenta operativa de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- Inversión de las aportaciones al fondo de reserva en títulos de deuda pública española, distribuido en letras, bonos y obligaciones en función de unos plazos de no necesidad y los criterios técnicos de una unidad mixta Tesoro Público-Tesorería General de la Seguridad Social.
- Depósito de los títulos adquiridos por el Banco de España por cuenta de la Tesorería en el propio Banco de España.

Por este procedimiento, el fondo reserva de la Seguridad Social, se convierte en un fondo real, con referencias técnicas y custodiado por el banco de los españoles, y no es en ningún caso una cuenta contable que aparece en balance. Realmente **la figura más parecida en relación con otros fondos análogos gestionados por entidades financieras es la de un Fondo de Inversión en Activos de Mercado Monetario (FIAMM)**. Por cierto, los rendimientos de las inversiones llevadas a cabo en los tres primeros años de gestión del fondo de reserva fueron muy brillantes en relación con los rendimientos obtenidos por Fondos de Inversión análogos gestionados por el sector privado.

Nos encontramos ante una auténtica "capitalización colectiva", creada para dar estabilidad al Sistema. Se podía haber optado por una reducción de las cotizaciones o por un incremento de las prestaciones, ya que ambas cosas las admitía el Sistema y que han sido siempre la tensión que ha sufrido la gestión de la Seguridad Social.

Realizadas aportaciones sucesivas y visto que el Sistema se encontraba en una generación positiva de fondos, se pensó en la conveniencia de tramitar una ley del fondo de reserva que, con la jerarquía jurídica propia de una norma de ese rango, vino a consagrar los principios que se recogían en los sucesivos acuerdos del Consejo de Ministros.

Debe hacerse notar que el fondo de reserva nunca accedía al mercado primario de emisión de títulos de deuda pública, ya que el Banco de España siempre adquiría los títulos en el mercado secundario de deuda pública, convirtiéndose en un eficaz mecanismo de liquidez del sistema financiero español.

Esta Ley es ahora objeto de revisión por la necesidad de buscar nuevas posibilidades inversoras de los recursos del fondo de reserva, una vez que los títulos de deuda pública española y europea parecen ser un mercado corto para nuestro fondo. Se contempla la posibilidad de invertir determinados porcentajes del fondo de reserva en renta variable.

Este planteamiento, al tratarse de fondos públicos, será razonable, en la medida en que se asuma el riesgo propio de la renta variable, se seleccione a los gestores de esa renta variable con criterios objetivos y la propia ley limite la tipología de los títulos a adquirir. Conviene a estos efectos recordar que las Mutuas de Accidentes de Trabajo, que también gestionan fondos públicos (cotizaciones por accidentes de trabajo) tienen muy limitadas sus inversiones al existir alguna experiencia negativa en su gestión financiera lo que ha obligado a compensar con su Patrimonio Histórico (Recursos Privados de la Mutua), el quebranto producido en los fondos públicos.

No obstante la preocupación que sienten los gestores actuales del fondo de reserva por buscar nuevas posibilidades para la inversión de sus recursos, alentada posiblemente por la busca de una mayor rentabilidad, no debe descuidar el control de las tasas de variación de la recaudación y de los pagos de prestaciones.

De hecho preocupa que las tasas de variación de recaudación de las cotizaciones sea decreciente y empiecen a ser superadas por el crecimiento de la tasa de pago de prestaciones, especialmente por el riesgo de aprovechamiento de una situación de bonanza económica (siempre temporal y cíclica) para la concesión de nuevas prestaciones sociales o ampliación de las existentes (más difíciles de modificar o reajustar en momentos de dificultades económicas) que puedan lastrar el sostenimiento del sistema de la Seguridad Social.

En estos momentos, la tasa más indiciaria de la evolución de la situación, es la relativa a la demanda de aplazamiento de cuotas que los cotizantes efectúan ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Tampoco conviene olvidar, **en el corto plazo, la evolución del índice morosidad (impagados) las cotizaciones domiciliadas en Bancos** (autónomos y sistema de remisión electrónica de datos, (RED)), que mes a mes, nos puede dar una idea de la evolución financiera del sistema de Seguridad Social.

La atención a la evolución de estas tasas y en su caso el proceso de corrección de las mismas que corresponde al ámbito de la economía política, es tarea más importante para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social que la inversión con riesgo de los recursos del fondo de reserva. ●

DECLARACIÓN PARA EL IMPULSO DE LA ECONOMÍA, EL EMPLEO, LA COMPETITIVIDAD Y EL PROGRESO SOCIAL

Madrid, 29 de julio de 2008

EL CONTEXTO ECONÓMICO Y DEL EMPLEO EN ESPAÑA

La economía española ha pasado de crecer y crear empleo a ritmos intensos, con tasas de crecimiento entre las mayores de Europa, a experimentar una fuerte desaceleración que ha provocado un importante impacto negativo tanto en la actividad de las empresas como en el empleo.

Por un lado, la economía internacional se viene deteriorando desde mediados de 2007, al coincidir el aumento de los precios del petróleo y de las materias primas con los problemas financieros originados en el mercado hipotecario de los Estados Unidos. Estos factores han dado lugar a aumentos de las presiones inflacionistas, acompañados por el endurecimiento de las condiciones crediticias, que están afectando especialmente a España.

Por otro lado, la crisis en el sector de la construcción residencial en España está incidiendo negativamente en el crecimiento y en el empleo. Este ajuste, que comenzó en 2006, se aceleró significativamente desde finales de 2007, con un fuerte impacto en la actividad económica y el empleo.

En la situación económica española, la crisis se está reflejando en un significativo aumento del desempleo, en un incremento de las dificultades de acceso al crédito y en unos tipos de interés más elevados. Asimismo se constata una importante desaceleración del consumo, en un contexto de elevado endeudamiento de las familias y las empresas. Además, el repunte de la inflación, vinculado esencialmente a nuestra mayor dependencia del petróleo y a la subida internacional de los precios de las materias primas, supone un empobrecimiento de nuestro país y está teniendo efectos negativos, especialmente para determinados colectivos. Todo ello, en una situación en la que la economía mantiene un notable diferencial de inflación con los países de nuestro entorno.

No obstante, la economía española cuenta con importantes fortalezas acumuladas en los últimos años mediante un esfuerzo conjunto, y que deben de ayudar a superar

estos desafíos. Entre ellas cabe destacar una extensa fuerza laboral con un mayor nivel de cualificación respecto a períodos anteriores; empresas cada vez más modernas, dinámicas e internacionalizadas y un sistema financiero capitalizado y solvente, junto a nuestra pertenencia a la Unión Europea. Además, entre las fortalezas está sin duda el Diálogo Social, que el Gobierno y los interlocutores sociales convienen en reforzar y dotarlo de mayor relevancia ante la nueva situación.

RETOS A AFRONTAR EN LA SITUACIÓN ACTUAL

La principal preocupación y prioridad del Gobierno y de los interlocutores sociales es el empleo y la apuesta por un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero, basado en la mejora de la competitividad.

Debemos sentar las bases para impulsar la recuperación del crecimiento económico y potenciar un modelo productivo que apueste por la innovación, el desarrollo tecnológico y el valor añadido, de forma que aumente la productividad de la economía, el empleo y la calidad del mismo.

Dentro de estos objetivos, la nueva situación económica implica nuevas prioridades, dirigidas a la reactivación de la economía.

Para ello, a corto plazo, es necesario afrontar con medidas complementarias a las ya articuladas, las necesidades de financiación de las empresas, especialmente de las pymes, no sólo para lograr su supervivencia, sino también para favorecer nuevos proyectos de inversión y fomentar nuevas iniciativas. Así mismo, se debe de prevenir la destrucción de empleo, facilitar la recolocación de las trabajadoras y los trabajadores desempleados y garantizar la cobertura social.

El nuevo modelo productivo exige un mercado laboral que genere un entorno que facilite el tránsito de empleos de baja productividad a empleos de futuro y con mayor valor añadido.

Debemos invertir en capital humano, mejorando nuestro sistema educativo, reduciendo las tasas de fracaso escolar y potenciando la formación profesional y su vinculación al empleo.

Debemos dotar de mayor competencia a los mercados de bienes y servicios, con el objeto de reducir el diferencial de inflación frente a nuestros principales competidores. Las reformas estructurales y el comportamiento responsable de los distintos agentes económicos son necesarios para este fin.

Debemos, también, ampliar la capacidad investigadora e innovadora en el sistema de ciencia y tecnología y en las empresas.

El Gobierno y los interlocutores sociales comparten que el avance en estos objetivos debe ser compatible con la sostenibilidad de nuestro Estado de Bienestar, progresando en la solidaridad, la igualdad y en la mejora de la cohesión social.

ACCIÓN DE GOBIERNO Y DIÁLOGO SOCIAL REFORZADO

El Gobierno, ante los retos a los que se enfrenta en la actualidad la economía española, tomará medidas de política económica que ayuden a situarnos en una senda de crecimiento equilibrado y sostenible, más basada en las ganancias de productividad.

Para lograr este objetivo resultan fundamentales entre otras:

- Políticas de infraestructuras y medioambientales
- Políticas industriales y energéticas
- Políticas de investigación, desarrollo e innovación
- Políticas educativas
- Políticas sanitarias
- Políticas de vivienda
- Políticas de mejora de la competencia y de eficiencia de las administraciones públicas

El Gobierno, en su ámbito de responsabilidad, se compromete a mantener un diálogo reforzado con los interlocutores sociales en estas materias y en otras que se consideren oportunas, con el objeto de reactivar la economía lo antes posible y mejorar su competitividad, estableciendo mecanismos para la consulta, la participación y/o la negociación.

Es voluntad del Gobierno reforzar la función de los interlocutores sociales. Por ello en el marco del diálogo social, los firmantes de la Declaración se proponen revisar los instrumentos de participación institucional, mediante las reformas que se estimen adecuadas.

El Gobierno y las organizaciones sindicales convienen en impulsar el diálogo social en las Administraciones Públicas y en particular en el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público.

Todos los firmantes convienen en reforzar la eficiencia y calidad de los Servicios Públicos.

ÁMBITOS DEL DIÁLOGO SOCIAL

Para que la estrategia del Diálogo Social sea eficaz debe contribuir junto con la acción del Gobierno y la necesaria coordinación del conjunto de las Administraciones Públicas, a la tarea de creación de empleo, impulso a la competitividad y reducción del desempleo.

El Diálogo Social, en el momento presente, facilita avanzar en el desarrollo de los acuerdos y compromisos adquiridos en la etapa anterior, hace posible analizar las políticas e iniciativas del Gobierno y permite abordar nuevos ámbitos de análisis y acuerdos que la actual coyuntura requiere.

Este proceso, en el contexto actual, debe de ser abierto y permitir priorizar y establecer calendarios adecuados a la evolución de la situación económica y del empleo.

En consecuencia, constatamos que en el contexto económico actual, la contribución del Diálogo Social es incluso más decisiva que en etapas anteriores.

No partimos de cero. En el marco del Diálogo Social de la anterior legislatura se alcanzó un conjunto amplio de acuerdos en materias tan importantes como el mercado de trabajo y la formación para el empleo, la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la igualdad, la inmigración o las relativas al sistema de Seguridad Social y al de la atención a las personas en situación de dependencia, entre otros.

En relación a estas materias quedan cuestiones pendientes de desarrollo, algunas de las cuales cobran especial relevancia para el momento actual. Y también es necesario incorporar nuevas prioridades.

Políticas de empleo para abordar el futuro

El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, cuyos contenidos entraron en vigor en la anterior legislatura y que continúa vigente, será objeto de seguimiento y eva-

luación respecto a sus resultados en el mercado de trabajo, lo que nos ha de permitir en su caso plantear nuevas actuaciones para avanzar en el objetivo de más y mejor empleo.

La modernización de los Servicios Públicos de Empleo precisa de un enfoque renovado, que permita que estos ofrezcan una cartera de servicios a los trabajadores y trabajadoras y a las empresas, para que puedan construir itinerarios personalizados y lograr más y mejor intermediación.

Las políticas de empleo han de facilitar la mejora del acceso a la ocupación así como de las competencias profesionales de todas y todos los trabajadores, con especial consideración a quienes tienen menor participación y a quienes presentan mayores dificultades, como son las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad, los mayores o los inmigrantes. También será objeto de evaluación el sistema de protección para el empleo en su doble vertiente, las políticas activas y las prestaciones por desempleo.

Es necesario avanzar en la coordinación efectiva de los Servicios de Empleo territoriales de las Comunidades Autónomas, para garantizar en todo el territorio la igualdad de oportunidades.

En ese contexto, es preciso potenciar la intermediación laboral, adaptándola a las nuevas posibilidades tecnológicas y a la actual situación económica. Así mismo, se abordarán los trabajos previstos en el apartado III 3 3º del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

Se continuarán los trabajos relativos a la inserción laboral de las personas jóvenes.

La Seguridad y Salud en el Trabajo es otro de los objetivos prioritarios de esta nueva etapa. La siniestralidad es la antítesis del empleo de calidad que la sociedad exige y una economía moderna requiere. Para ello desarrollaremos la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social constituye un instrumento esencial para velar por el correcto funcionamiento del mercado laboral. Es necesario reforzar los recursos humanos y materiales de la misma. El Gobierno analizará con los interlocutores sociales las reformas normativas y organizativas que sean necesarias.

También serán objeto del Diálogo Social el desarrollo del Estatuto del Trabajo Autónomo, las políticas relativas a la economía social y las de responsabilidad social empresarial.

Política de inmigración orientada al empleo

La inmigración es un factor de importancia creciente en el mercado de trabajo español. Nuestro reto es seguir mejorando la vinculación entre la inmigración y el empleo,

como garantía para una integración regular y ordenada de todas las personas inmigrantes en el mercado de trabajo y en la sociedad.

En este sentido, cabe seguir poniendo en práctica políticas de inmigración vinculadas estrechamente a las necesidades del mercado laboral, que permitan que los mecanismos ordinarios de contratación en origen sean rápidos, eficaces y garanticen la igualdad de trato de los trabajadores.

Así mismo es necesario seguir profundizando en los procesos de coordinación, mejora de la gestión y de control de los flujos migratorios.

Igualdad en el empleo

El empleo de calidad tiene unos componentes irrenunciables, entre los que destaca la igualdad.

La igualdad es uno de los pilares del sistema democrático y ello tiene reflejo en todos los ámbitos. Desde hace años, la sociedad española viene dando pasos decisivos en materia de igualdad de oportunidades y de trato, especialmente entre mujeres y hombres, en todos los ámbitos, incluido el empleo, y se ha dotado de la ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Las partes convienen en seguir trabajando para ampliar la participación de las mujeres, evitar la discriminación salarial y avanzar en la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida personal, familiar y profesional.

El Gobierno y los interlocutores sociales comparten la importante necesidad de seguir progresando en el objetivo de evitar cualquier tipo de discriminación. Hay que hacer un esfuerzo especial para incrementar las oportunidades de acceso y mantenimiento en el empleo de las personas y los colectivos con mayores dificultades.

Formación e inversión en capital humano

Para contribuir a un nuevo modelo productivo basado en el conocimiento, es imprescindible contar con un mercado de trabajo más cualificado y superar las limitaciones que presenta la situación actual.

El Diálogo Social puede contribuir, también en este ámbito, al desarrollo de estrategias de formación permanente a lo largo de la vida, que permitan avanzar en la interconexión de todos los sistemas de educación y de formación, potenciar la formación dentro y fuera del empleo y mejorar los niveles de cualificación.

En este contexto la formación profesional constituye también una pieza clave que favorece la empleabilidad de la población en edad de trabajar e incide positivamente en la productividad.

Potenciar la formación profesional reglada ha de favorecer también su visibilidad y reconocimiento social, de manera que muchos más jóvenes se incorporen a ella. Así mismo, la formación para el empleo debe avanzar en esos objetivos y disponer de la agilidad necesaria para ser efectiva, en el marco de un sistema integrado de Formación Profesional que logre una mayor estabilidad normativa.

Negociación colectiva

Los sucesivos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva (ANC), suscritos desde 2002, se han ido consolidando por los buenos resultados derivados de su aplicación para el conjunto de la economía y la evolución del empleo.

Si el comportamiento responsable de los interlocutores sociales ha sido clave en un contexto económico favorable para facilitar el proceso de creación de empleo, en el contexto actual, este ámbito bilateral de negociación adquiere una especial relevancia para seguir mejorando las condiciones de las personas que trabajan, evitar pérdidas de competitividad y destrucción de puestos de trabajo.

Por otra parte, los interlocutores sociales comparten la necesidad de analizar bilateralmente las fórmulas más adecuadas para el desarrollo de la estructura de la negociación colectiva, con el fin de favorecer la mayor adaptabilidad de los convenios a las circunstancias de las empresas y los trabajadores.

En la misma línea, los firmantes convienen en seguir impulsando los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

Sostenibilidad, mejora y adaptación del Sistema de protección social

Las reformas y los desarrollos previstos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, de 2006, suponen un indudable avance en la sostenibilidad y mejora del sistema de pensiones, en aplicación de las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2003.

De acuerdo con lo dispuesto en estas Recomendaciones, se ha abierto el proceso de revisión parlamentaria para actualizarlas, a la luz de la evolución del sistema, los progresos realizados y los retos pendientes. En dicho proceso los Interlocutores Sociales manifiestan su voluntad de colaborar con los trabajos de la comisión parlamentaria.

En todo caso, expresamos el compromiso de seguir desarrollando el acuerdo citado y de analizar aquellas cuestiones que inciden en la eficiencia de la gestión y en la protección de los trabajadores, tales como la Incapacidad Temporal, el Régimen Especial Agrario, el de Empleados de Hogar, la jubilación anticipada en determinadas actividades, así como otras cuestiones que las partes consideren. También se tratarán las cuestiones relativas a la previsión social complementaria.

Igualmente se analizará el desarrollo de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

VIGENCIA, EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL ACUERDO

Las materias contempladas en esta Declaración han de abordarse a lo largo de toda la legislatura. Adicionalmente, los firmantes podrán acordar incorporar al Diálogo Social nuevas iniciativas que consideren relevantes, en función de la situación económica y laboral, para apoyar así la creación de empleo y reforzar la cohesión social.

Las materias incluidas en el Diálogo Social afectan a diversos ministerios, y el Gobierno asegura su impulso con el respaldo de la propia Presidencia del Gobierno.

Se crea una Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social tripartita, que priorizará los ámbitos a desarrollar, establecerá los calendarios y adoptará las bases y procedimientos de funcionamiento. Dicha Comisión se reunirá en la primera semana de septiembre para determinar los temas más inmediatos a tratar.

Por el Gobierno:

Jose Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno

Por las Organizaciones Sindicales

Por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO): **José María Fidalgo Velilla, Secretario General**

Por la Unión General de Trabajadores (UGT): **Cándido Méndez Rodríguez, Secretario General**

Por las Organizaciones Empresariales

Por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE): **Gerardo Díaz Ferrán, Presidente**

Por la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME): **Jesús Bárcenas López, Presidente**

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE JULIO DE 2007, DICTADA EN RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº 454/2006

El tema planteado en el proceso versa sobre si las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pueden adoptar acuerdo de extinción de la prestación de incapacidad temporal, al amparo del primer párrafo de nº 1 del art. 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, cuando el beneficiario no justifique la incomparecencia a los reconocimientos médicos a que hubiese sido convocado por la entidad colaboradora.

El Tribunal Supremo, en sus consideraciones, se remite a otras sentencias de la misma Sala en las que se afirmaba que en estos supuestos la decisión extintiva de la prestación se toma por la Mutua en el ejercicio de sus facultades de gestión de la propia prestación y que por ello pueda adoptarse por expresa prescripción legal.

Se reproducen los fundamentos de derecho y el fallo de la Sentencia:

“ FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina si una Mutua Patronal, que asume la gestión de la prestación de incapacidad temporal

por contingencias comunes, está o no facultada para extinguir la prestación cuando el asegurado deja de acudir a un reconocimiento médico para el que es convocado, sin justificar su ausencia.

En el caso de la sentencia ahora recurrida, dictada el 13 de diciembre de 2005 por la Sala de lo Social del País Vasco, consta probado que: A) El actor, afiliado al Régimen General que tenía cubierta la citada contingencia con la Mutua Universal, inició situación de incapacidad temporal (IT) derivada de enfermedad común el 20 de septiembre de 2004, que concluyó, con alta por mejoría, el 12 de enero siguiente. B) El día 16 de diciembre de 2004, el actor dejó de acudir al control médico ante los servicios de la Mutua al que fue convocado por carta entregada en mano, sin que justificase cumplidamente su incomparecencia. En dicha carta la Mutua le había advertido, que “en caso de no comparecer y no justificar fehacientemente su incomparecencia en el plazo de 10 días naturales desde la fecha de la citación, esta entidad procederá a extinguir la prestación económica” en aplicación de lo dispuesto en el art. 131 de la Ley General de la Seguridad Social. C) La Mutua dejó de abonar al actor el subsidio de IT el día 16 de diciembre de 2004.

El actor interpuso demanda contra dicha decisión, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao por sentencia de 19 de abril de 2005, absolviendo a todas las entidades demandadas de los pedimentos efectuados contra ellas. Recurrida en suplicación la sentencia fue revocada por la que ahora se recurre, de 13

de diciembre de 2005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 27 de diciembre de 2005 (recurso 2034/05), tras razonar, en síntesis, que desde el 14 de diciembre de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley 45/2002, cuyo art. 5, apartado siete, modificó el contenido del art. 47-1-b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, la extinción de la prestación de incapacidad temporal por causa de incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, “pasa a configurarse como una sanción, por lo que inevitablemente ha de acordarse en el correspondiente procedimiento sancionador y adoptarse por quién está legalmente facultado para ello (arts. 1-2 y 47-5 LISOS)”.

SEGUNDO

El pronunciamiento de suplicación es recurrido en casación para la unificación de doctrina por la Mutua condenada, alegando la infracción del art. 131 bis.1 de la LGSS, e invocando como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social de La Rioja el 7 de octubre de 2004, (recurso 255/04). Esta última resuelve el supuesto de trabajador, también afiliado al Régimen General, que tenía cubierta la contingencia de incapacidad temporal con una Mutua y que tras, incomparecer injustificadamente a un reconocimiento médico el 1 de diciembre de 2003, vio extinguida la prestación por Acuerdo de la Mutua con efectos de ese mismo día. La sentencia referencial, confirmando la dictada en la instancia, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante tras razonar que la decisión extintiva de la

prestación se tomó por la Mutua en el ejercicio de sus facultades de gestión de la propia prestación y que, en definitiva, “la resolución impugnada no era un acto sancionador, sino un acto de gestión de la prestación económica, dictada no en aplicación de la LISOS, sino en aplicación del art. 131 bis 1 de LGSS”.

Concurre pues entre la sentencia recurrida y la referencial la contradicción que exige el art. 217 de la LPL dada la identidad, tanto subjetiva y objetiva de los supuestos contemplados, como del debate jurídico planteado, que en ambos casos se centra como ya anticipamos en el fundamento primero en determinar si la Mutua que cubre la contingencia de incapacidad temporal por enfermedad común está facultada, al gestionar la prestación, para declarar por sí misma la extinción del derecho al subsidio cuando el asegurado incomparece injustificadamente a un reconocimiento médico al que había sido citado por sus propios facultativos.

TERCERO

La cuestión ha sido ya abordada y unificada recientemente por las sentencias de esta Sala de 7-3-07 (rcud 5410/05) y 15-3-07 (rcud 375/06), al resolver asuntos idénticos al presente, provenientes ambos de la misma Sala de lo Social y en los que también se invocó como referencial la misma sentencia de La Rioja que en este caso. A su doctrina, que asumimos íntegramente, debemos pues estar, por lógicas razones de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, al no concurrir circunstancia alguna que conduzca a su modificación.

Los argumentos de las referidas sentencias, que comienzan por hacer suyos los expuestos en las de 5 y 9-10-06 (rscud 2966 y 2905/05) pueden resumirse del siguiente modo:

I. El núm. 1 del art. 131 bis LGSS, según la redacción dada por el art. 34.Cuatro de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2002 (Disp.

Final 3ª.Uno), expresamente dispone que el derecho al subsidio se extingue “por la incomparecencia injustificada a (...) los reconocimientos (...) médicos”. El Texto Refundido de la LISOS, vigente desde el 1 de enero de 2001 según la Disposición Final Única del Real Decreto Legislativo que lo aprobó, configura esa misma conducta de los beneficiarios, en su art. 25.2, como una infracción grave. Y aunque el precepto que luego regula las sanciones que pueden imponerse (art. 47) haya sufrido una muy concreta y restringida modificación a través de la nueva redacción dada por el artículo 5.7, de la Ley 45/2002, de ello no puede deducirse que el legislador haya querido suprimir las facultades de gestión que se derivan de la clara y contundente redacción del art. 131. bis. 1 LGSS.

II. Pero es que aunque se pretendiera primar el criterio de la modernidad normativa, como parece desprenderse de la sentencia recurrida, porque la redacción actual del art. 47 de la LISOS es obra de la Ley 45/2002 mientras que el art. 131 bis de la LGSS. se introdujo por una Ley anterior (la Ley 24/2001), tampoco esa sola circunstancia permite eludir el precepto concreto (art. 131.bis.1 LGSS), porque la norma más moderna únicamente afecta a la sanción (art. 47 LISOS) pero mantiene incólumes las conductas tipificadas (en este caso, el art. 27 LISOS).

III. Así pues la capacidad de gestión de la Mutua -se trata de contingencias comunes- alcanza a todos los supuestos contemplados en el repetido art. 131 bis LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que indudablemente se encuentra la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva.

CUARTO

Cabe pues concluir, en atención a lo dicho, que ha sido la sentencia referencial y

no la recurrida la que ha resuelto conforme a derecho. Por tanto, de conformidad con el mandato del art. 226.2 LPL y con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, procede que esta Sala estime el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por Mutua Universal, case y anule la sentencia recurrida y resuelva el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a la doctrina unificada. Lo que comporta el rechazo del recurso de tal clase interpuesto en su día por el actor, con la íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de SM El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por MUTUA UNIVERSAL. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por don Bartolomé y confirmamos la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao el 19 de abril de 2005. Sin costas.”

INTERNACIONAL

URUGUAY

Tras el anuncio del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Eduardo Bonomi, de la postura favorable del Gobierno a incrementar las pensiones, a partir del primero de julio, se ha llegado a un acuerdo entre representantes de este Ministerio, del de Economía y Finanzas, del Banco de Previsión Social y de la Organización Nacional de Jubilados y Pensionistas para hacerlo efectivo. El incremento será de un 25% para las pensiones más bajas del país, adicional al 9% ya consolidado, estableciendo la pensión mínima en 1.775 \$. Esta subida, que mejorará la situación de cerca de 100.000 jubilados, se podrá llevar a cabo gracias al incremento de la recaudación y al récord que ha alcanzado el sistema en el número de cotizantes. Los incrementos para las pensiones más altas tendrán que esperar.

BÉLGICA

Un estudio de la Universidad flamenca de Lovaina ha puesto de manifiesto las desigualdades existentes en las cuantías de pensiones de jubilación, que son más altas para los funcionarios (2.112€) que para los trabajadores asalariados o autónomos (1.170€) y los hombres reciben una pensión más alta que las mujeres (1.170€ frente a 812€). Todo ello, a pesar de los esfuerzos realizados por las autoridades para armonizar los distintos regímenes. Sin embargo, no es ese el único desafío al que deben enfrentarse los gestores del sistema de protección social, ya que el Fondo Monetario Internacional ha exhortado a Bélgica a que tome medidas urgentes para reformar las pensiones y evitar el fuerte impacto que producirá el envejecimiento de población, sobre las finanzas públicas, en el horizonte de 2050. Además, deberán adaptar la edad de jubilación a la ampliación de la esperanza de vida ya que, según los resultados del estudio flamenco, cerca de 61.000 jubilados tienen menos de 65 años, siendo éstos más numerosos en Flandes (52%).

BRASIL

Brasil encabeza la lista de países que tienen un mayor gasto en seguridad social, a pesar de que el total de mayores de 65 años es el 9,1% del potencial del trabajo (personas entre 15 y 65 años en activo), mientras que en países como Austria esa proporción es del 24,2% y en Uruguay del 21,2%. Según expertos del Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), el hecho de que el gasto en seguridad social en Brasil sea el 14º más elevado del mundo y suponga un 11,7% del PIB, se debe a que el sistema brasileño es

muy generoso en el pago de pensiones, ya que el tiempo de contribución es muy corto, en relación con el tiempo de recepción de beneficios y, además, es un sistema con una carga elevada de subsidios. Lo que proponen los expertos es establecer, entre otras medidas, una edad mínima para jubilarse y una reducción en las pensiones por fallecimiento que, en la actualidad, se pagan íntegramente.

COLOMBIA

El pasado mes de marzo fue ratificado el convenio de seguridad social firmado entre Colombia y España, en el año 2005, por el que los trabajadores colombianos en España y los españoles en Colombia podrán sumar el tiempo y el dinero aportados, en ambos países, para el cobro de pensiones y otras ayudas. El acuerdo, firmado por la embajadora Noemí Sanín y el Secretario de Estado de Seguridad Social Octavio Granado, incluye a los trabajadores y a sus familias. Los residentes colombianos en España podrán conocer sus derechos acudiendo a las oficinas de la red de la Seguridad Social. Actualmente en España existen 246.542 colombianos con tarjeta de residencia, de los que 141.385 (el 57%) son cotizantes del sistema.

MARRUECOS

Según las últimas estadísticas actuariales, la situación del estado financiero de la Caja marroquí de retiro para funcionarios públicos (CMR) es muy negativa, encontrándose casi al borde de la asfixia. Su viabilidad se cuestiona seriamente ya que será incapaz de cumplir con sus compromisos hacia los pensionistas. Más allá del 2013 la Caja no conseguirá realizar el equilibrio necesario para su supervivencia y, según los datos de los que se dispone, tan sólo podrá cubrir el 15% de las pensiones, dejando sin cobrar el 85% restante. Pero si desesperada es la situación de la CMR, peor lo tienen los afiliados al Régimen Colectivo de Subsidio por Jubilación (RCAR), el personal no funcionario al servicio de la administración, con unas condiciones más duras que los funcionarios. No pueden aspirar a una jubilación anticipada hasta cumplir los 21 años de servicio y se les aplica un descuento del 24% sobre la pensión.

POLONIA

Se están llevando a cabo reformas en las pensiones para ajustar el sistema al progresivo envejecimiento de la población. La Oficina General de Estadística (GUS), estima que la cifra de personas mayores aumentará en 2 millones, entre

2010 y 2020, y que diez años después el 25% de los polacos se habrá jubilado. Los proyectos de reforma se han presentado para que las aportaciones de los trabajadores agrícolas, que ahora pagan una cuota fija, se hagan primero en función de las superficies que trabajan y adaptarlas, en una segunda fase, a los ingresos de los agricultores. Otra reforma propuesta recoge una sentencia del Tribunal Constitucional, que consideraba discriminatoria para los hombres la actual ley de pensiones, y la reforma contempla rebajar la edad de jubilación masculina a los 62 años y aumentar la femenina a los 57.

REINO UNIDO

En el año 2004 se creó el "Financial Asistent Fund", de capital público, para compensar a los trabajadores perjudicados por la quiebra de fondos de pensiones de empresas. Este Fondo ha sido utilizado para rescatar a los 140.000 pensionistas que se quedaron sin la pensión ocupacional de sus empresas y el importe total de la operación ha ascendido a 2,9 billones de libras esterlinas. El déficit del Fondo, a finales de diciembre del pasado año, llegó hasta los 19.600 millones de libras, por lo que se han tomado algunas medidas para proporcionar más seguridad a los planes de pensiones empresariales. En primer lugar, las compañías privadas cuyos planes inviertan en activos arriesgados, deberán abonar más al fondo de protección de pensiones. También aquellas empresas que abandonen un trust de pensiones deberán compensar por completo el déficit de los planes que hubieran suscrito y el organismo regulador de planes de pensiones privados tendrá mayores competencias para proteger los intereses de los partícipes.

ALEMANIA

Se ha alcanzado un acuerdo para aumentar las pensiones del régimen general en un 1,1% en 2008, acuerdo que contempla, también, una reducción de las cotizaciones en 2011 (del 19,9 al 19,5%) y, a cambio, en los años 2012 y 2013, se limitarán las subidas de las pensiones. Las críticas a este incremento, por parte de los expertos, se centran en la falta de medidas puestas en marcha para hacer frente a los 9.670 millones de euros que costará el aumento y que se podrían sumar al déficit que ya presenta la seguridad social, a pesar de la buena marcha de la economía alemana. Este déficit acumuló 3.400 millones de euros en el primer trimestre de 2007 con un incremento moderado del 0,5% en los gastos de las diferentes ramas y una caída de la recaudación del 6%.

AUSTRIA

El debate sobre la reforma de las pensiones, en Austria, pretende responder a la pregunta de cómo debe de reaccionar la política ante el incremento de la esperanza de vida

para elaborar un escenario de urgencia en materia de pensiones. La coalición en el Gobierno mantiene la postura de intervenir más radicalmente cuando la financiación estatal para subvencionar las pensiones supere el 3,2% del PIB que, actualmente, se sitúa en el 2,3%. Llegado este caso, la intervención se llevaría a cabo en cuatro ámbitos: cotizaciones, revalorización, cuantía de las pensiones y edad de jubilación. Sobre este último punto se ha pronunciado el presidente de la Cámara Económica quien propone el establecimiento de un sistema de bonus-malus, similar al sueco, por el que se penalice fuertemente a los que abandonen la vida activa antes de la edad de jubilación y prime a los trabajadores que prolonguen su vida laboral.

FRANCIA

El Presidente de la República, Nicolás Sarkozy, anunció un revalorización de las pensiones de jubilación en un 0,8%, a partir del primero de septiembre. Este incremento se une al producido a comienzos de año, en una cuantía semejante, y se hace con el fin de compensar el aumento de los precios al consumo. Sin embargo, las propuestas para la reforma de estas pensiones continúan adelante y se ha iniciado la consulta con los sindicatos. Una de las medidas que quiere conseguir imponer el Gobierno es el aumento progresivo del período de cotización para poder obtener una pensión completa; se incrementaría progresivamente para que, en el año 2012, fueran 41 años, en lugar de los 40 actuales, los que se necesitaran para obtener el 100% de la pensión de jubilación.

GRECIA

La propuesta de reforma de la seguridad social ha despertado todo género de oposición en la política y en la sociedad griegas. Se han convocado huelgas por varias centrales sindicales y asociaciones de trabajadores y la oposición política propuso la celebración de un referéndum sobre la nueva ley, aunque esa consulta no prosperó. A pesar de todo ello, el Gobierno está dispuesto a mantener su reforma por considerarla "socialmente necesaria" y asegurar que no dañe los derechos de los trabajadores. Los cambios propuestos entrarán en vigor en 2013 y destacan, entre ellos, la reducción del número de cajas de seguro, que pasarán de 155 a 13; el aumento del límite de edad de jubilación a los 60 años con 35 de cotización; incentivos para prolongar la vida laboral; crear un capital de solidaridad entre generaciones y establecimiento de un permiso de maternidad de un año con sueldo reducido.

Información obtenida de los documentos elaborados por la Subdirección General de Relaciones Sociales Internacionales, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y de la prensa nacional.

RESÚMENES

En esta página se recogen los resúmenes de los artículos publicados en el número 18-19 de nuestra revista, cuyo número recogió las ponencias presentadas a las IV Jornadas Técnicas de Seguridad Social

Las transformaciones recientes en la organización y la gestión de la Seguridad Social

Bernardo Gonzalo González

Foro SS, nº 18/19 (dic. 2007), p. 4-13

Reflexiones críticas sobre los cambios recientes y los previsibles en la organización y la gestión de los sistemas de protección social en España y Europa. Las reformas en curso siguen los postulados del neoliberalismo globalizador y se manifiestan con una privatización en la gestión, una descentralización de la estructura administrativa y una reducción de las prestaciones sociales. En España se ha seguido la vía de la "cuadratura del círculo" para llevar a cabo la transformación de nuestro sistema protector, transformación para la que el autor solicita prudencia, evitando así un radicalismo reformista.

Las demandas sociales de los ciudadanos

Vicente Martínez-Pujalte; Juan Morano Masa

Foro SS, nº 18/19 (dic. 2007), p. 18-23

Consideraciones sobre la reforma del sistema de pensiones. Todos los proyectos reformistas deben basarse en los principios de esfuerzo, recompensa, libertad y responsabilidad y el objetivo será la construcción de un sistema apoyado en tres niveles de protección: pensiones no contributivas, aportaciones obligatorias a la seguridad social y previsión social complementaria. El sistema español tiene que impulsar este último nivel y adecuar las reformas a los cambios sociales producidos por el envejecimiento de la población y la inmigración. También debe culminar el proceso de separación de fuentes, plantear toda la vida laboral para el cálculo de la pensión y tener un mejor tratamiento de la doble cotización.

Las demandas sociales de los ciudadanos

Isabel López i Chamosa

Foro SS, nº 18/19 (dic. 2007), p. 14-17

El sistema español de seguridad social debe seguir reformándose pero siempre contando con el consenso político, primero, y con el acuerdo con los agentes sociales después. Las reformas que se proponen intentan subsanar los grandes desajustes del mercado que se trasladan al sistema de pensiones, como las jubilaciones anticipadas, pero también hay asuntos pendientes de gran importancia social como la viudedad, la orfandad, las pensiones mínimas, el cálculo de la pensión de jubilación y la invalidez.

Aspectos jurídicos de la seguridad social del futuro

Domingo A. Sánchez Navarro

Foro SS, nº 18/19 (dic. 2007), p. 29-30

Palabras introductorias a la mesa redonda del mismo título, con las que se pretenden destacar los aspectos más relevantes de la seguridad social en un futuro inmediato. Estos aspectos hacen referencia a la necesidad de una doble unificación de los textos legislativos, por una parte, y de todas las materias de seguridad social en un solo orden jurisdiccional, por otra, para evitar confusión, dispersión y multiplicidad de litigios. También atañen a los procedimientos de gestión, basados totalmente en las tecnologías de la información, y a las estructuras administrativas sobre las que debe apoyarse esa gestión.

La protección social en los nuevos estatutos de autonomía

Faustino Cavas Martínez

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 31-45

Se aborda el impacto de las reformas estatutarias en el diseño constitucional de competencias relativas a la protección social. El estudio se centra en las materias de seguridad social y asistencia social y analiza la distribución constitucional de competencias y el contenido social de los nuevos estatutos de autonomía. En las conclusiones se apuesta por la necesidad de una coordinación entre el sistema prestacional de la seguridad social, muy centralizado, y los sistemas asistenciales de las comunidades autónomas.

El futuro de los aspectos gerenciales

M^a José Tarrero Martos

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 65-66

Reflexiones sobre la figura del directivo en una organización. La características principales que debe tener son la templanza, la competencia, saber delegar, ser un directivo funcional y adaptarse a los cambios y a las innovaciones tecnológicas que vayan apareciendo. En cuanto a los directivos dentro de la Administración pública, sugiere que se mire a la empresa privada porque han adelantado más en cuestiones gerenciales y la doctrina que existe al respecto está más enfocada al sector privado.

Los aspectos jurídicos de la seguridad social del futuro: una prospectiva

Antonio Sempere Navarro

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 46-61

Reflexiones sobre las características formales del proceso de reforma de la seguridad social. En primer lugar se recuerdan los momentos fundamentales de cambios en el sistema y seguidamente se presentan veinte breves ideas sobre aspectos técnicos que han marcado las sucesivas modificaciones de la seguridad social como la ley de bases, el carácter estructural del proceso, el papel secundario del debate legislativo, la regulación en cascada, la subsistencia de reglamentos obsoletos, las leyes de presupuesto y de acompañamiento, la deslocalización normativa y la concertación social.

El futuro de los aspectos gerenciales

Luis Casqueiro Barreiro

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 67-71

El Instituto Social de la Marina desde sus orígenes hasta ahora, se ha ido adecuando a las funciones que le atribuye la normativa de la que depende. En los aspectos gerenciales también ha pasado por varias etapas hasta el momento actual en el que, al igual que el resto de las Administraciones públicas, se enfrenta a cuatro retos fundamentales. En primer lugar los derivados de la adaptación a un entorno dinámico y complejo. El segundo, el producido por el impacto de las nuevas tecnologías de la información. También a la implicación mayor de los empleados públicos y, por último, a la revalorización de la participación de los ciudadanos.

El futuro de los aspectos gerenciales

Pascual García Mora

Foro SS, nº 18/19 (dic. 2007), p. 63-64

Palabras introductorias a la mesa redonda del mismo título en las que se apuntan cinco ideas fuerza que impulsan el presente y el futuro inmediato de la seguridad social. En primer lugar, la racionalidad en la organización de las unidades administrativas; en segundo lugar, la necesidad de un liderazgo con capacidad de influencia; le sigue la importancia de las personas en las organizaciones, la dirección por valores como motor para movilizar las actitudes de los empleados y, para terminar, la quinta idea es la evaluación del desempeño, instrumento necesario para definir la carrera administrativa.

La función del directivo en la gestión de calidad del IMSERSO

Ignacio Robles García

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 72-75

Breve exposición sobre el proceso de implantación de la gestión de calidad en el IMSERSO. Este proceso se ha realizado estableciendo los programas que estipula el marco general creado por el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio y haciendo partícipes a todos los empleados de la Entidad. Un elemento fundamental en la gestión de calidad es el directivo, figura recogida en el Estatuto básico del empleado público, y cuya función como director de equipos de trabajo es una parte muy importante del éxito de su gestión.

El futuro de los aspectos gerenciales desde la experiencia del INSS

Fernando López Huerta

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 76-82

Exposición de la gestión de los aspectos gerenciales, que se ha realizado en el INSS, basada en la dirección por valores. La exposición se basa en cinco apartados. En primer lugar el concepto y la esencia de la dirección desde los valores; el segundo, las tendencias organizativas de futuro que la hacen necesaria; en tercer lugar, la naturaleza de los valores; el cuarto apartado se dedica a los nuevos recursos psicológicos y patrones motivacionales y en el quinto se resume la aplicación de la cultura de los valores en el INSS.

Las entidades colaboradoras en la seguridad social del futuro

Heracio Corrales Romea

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 95-101

Reflexiones sobre los principales retos y dificultades que debe de afrontar el sector de las Mutuas de cara al futuro. Los puntos a partir de los cuales se presentan las reflexiones son: la actualización del marco regulatorio; la configuración de un escenario de sana competencia; generar confianza en la gestión y ganar prestigio social; la prevención de la siniestralidad laboral; la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes y la concentración del sector. La última reflexión se dedica al potencial social de las Mutuas y a la necesidad de que los retos expuestos deben de ser afrontados, también, por la Administración y los agentes sociales.

La evaluación del desempeño en la Administración Pública

María Julieta Balart Gritti

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 83-88

La evaluación del desempeño es un sistema que permite proponer y evaluar la realización de las personas bajo unos criterios fijados previamente entre directivo y colaborador. Su establecimiento dentro de una organización implica un cambio en la dirección de las personas que hay que saber gestionar para que se incorpore armónicamente, y este proceso suele ser más duro en las Administraciones Públicas. El papel del directivo es fundamental en la introducción de este método de evaluación y debe de estar preparado para ello así como dar ejemplo dentro de su organización.

Las entidades colaboradoras en la seguridad social del futuro

Juan Enrique Blasco Sanchiz

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 102-106

Revisión histórica de la existencia de las Mutuas desde sus orígenes, en la que se presentan los diferentes momentos de estas entidades y sus características definitorias. A partir de ahí se mira hacia el futuro a través de fórmulas posibles que mejoren su gestión colaboradora. En esta parte se trata la posibilidad de una mayor incardinación de las Mutuas en el funcionamiento administrativo de la Seguridad Social, de un aumento de la participación de los trabajadores en sus órganos de gobierno y de una agrupación intermutual que ponga en común recursos, conocimientos y experiencias de las entidades integradas.

Las entidades colaboradoras en la seguridad social del futuro

Miguel Ángel Díaz Peña

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 91-94

Breves palabras sobre el papel de las Mutuas desde el punto de vista de la Administración. Estas organizaciones son necesarias y lo han demostrado evolucionando con el correr del tiempo; no se les puede acusar de competencia desleal porque realizan la función que la ley les permite en la colaboración con la seguridad social y la tendencia actual es la de la concentración de mutuas para reducir el gran número de las que existen y buscar unos criterios de eficacia en la calidad y en la gestión.

Aplicación de las novedades telemáticas para la mejora de los procedimientos de gestión de la Seguridad Social

Pilar López-Rioboo Ansorena

Foro SS n° 18/19 (dic. 2007), p. 110-115

La exposición se centra en señalar, en primer lugar, las modificaciones relativas al campo de aplicación y acción protectora del Régimen especial del mar (REM) y, en segundo lugar, en presentar las nuevas tecnologías aplicadas en la gestión de las prestaciones, en concreto en el área de sanidad marítima. El Instituto Social de la Marina es la entidad gestora de este régimen especial y puso en marcha, a partir de 1983, un programa sanitario específico para la gente del mar, que se asienta sobre los pilares preventivo y asistencial. Es este programa el que se ha desarrollado gracias a las tecnologías de la información y la comunicación.

Aplicación de las novedades telemáticas para mejorar los procedimientos de gestión de la Seguridad Social

Javier Aibar Bernard

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 116-121

Amplio repaso de lo que ha supuesto, para la Tesorería General de la Seguridad Social, la implantación de las nuevas tecnologías en la gestión diaria de sus competencias. Los procesos implementados han sido la atención al ciudadano, la lucha contra el fraude, el seguimiento de objetivos, la colaboración con otras administraciones y la gestión interna. El resultado es el de una Tesorería altamente técnica e informatizada, que supone un referente para el resto de la Administración.

El aspecto financiero de la seguridad social del futuro

José Barea

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 150-156

Formulación de hipótesis sobre el aspecto financiero de la seguridad social del futuro. Plantea, como punto de partida, la situación del sistema en un entorno económico muy competitivo para pasar, en segundo lugar, a definir los retos que tendrá que asumir la seguridad social y que son el demográfico, el de equidad y el de la tentación de los políticos de utilizar el sistema como instrumento para captar votos. A partir de ahí, presenta sus propuestas de viabilidad en la prestación de pensiones, tanto si se permanece dentro del sistema de reparto como al margen del mismo y en las prestaciones de asistencia sanitaria y servicios sociales.

La acción protectora futura

Fidel Ferreras Alonso

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 124-128

Se presenta y explica el Proyecto de ley de medidas para la reforma de la Seguridad Social. En primer lugar se plantean los objetivos, factores condicionantes, mecanismos alternativos y características de este documento, para pasar, después, al detalle de sus contenidos más relevantes. Esta parte se dedica a la estructura y financiación del sistema y a la acción protectora que engloba, a su vez, el área de jubilación, la incapacidad permanente y temporal, el desempleo y la muerte y supervivencia. Se considera este proyecto como el instrumento de adaptación y reajuste de la Seguridad Social a las demandas de la sociedad.

Los aspectos organizativos y financieros de la seguridad social del futuro

Luis García de Blas

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 157-161

Reflexiones sobre el futuro de la seguridad social haciendo antes una breve exposición de los cambios introducidos en el sistema cuando el autor fue Secretario General. Estos cambios se centraron en la ampliación de los colectivos cubiertos, la racionalización y la financiación. En cuanto a las perspectivas de futuro, son muchos los interrogantes planteados porque la supervivencia del sistema dependerá de la situación demográfica y económica que se tenga, pero, en general, apuesta por una reforma consensuada entre los partidos políticos, por una coordinación entre Hacienda y Seguridad Social, por la gestión de las pensiones complementarias desde el propio sistema y la asunción de determinadas prestaciones por parte del Estado.

Nuevos derechos: la Ley y el sistema para la autonomía y atención a la dependencia

Ángel Rodríguez Castedo

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 129-148

Análisis de los cambios sociales que han forzado la aparición de la ley de dependencia. Se presenta, en primer lugar el estado de situación, en España, de las personas dependientes y los nuevos derechos y necesidades sociales, para pasar a estudiar, en profundidad, la nueva Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, así como los elementos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

La Agencia Nacional de Seguridad Social: un compromiso, una demanda, una solución

Juan Carlos Aparicio Pérez

Foro SS nº 18/19 (dic. 2007), p. 162-169

El autor reflexiona sobre la estructura del sistema de la seguridad social enfocándola hacia la creación de una agencia nacional. Considera que el antecedente más inmediato es la descentralización funcional del sistema y justifica la adopción de una agencia desde distintas perspectivas, así como la elección de un modelo nacional de agencia. En sus conclusiones destaca los compromisos políticos y sociales que existen para que se cree la Agencia Nacional de la Seguridad Social y la necesidad de dotarla de autonomía, principalmente para la gestión de los recursos humanos.

