



Universidad
de Oviedo

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA

ÁMBITO SUBJETIVO

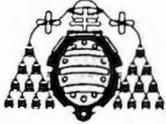
DEL

SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

TESIS DOCTORAL

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Bajo la Dirección del Prof. Dr. D. Joaquín García Murcia



AUTORIZACIÓN PARA PRESENTACIÓN DE TESIS DOCTORAL

Datos del alumno:

Apellidos: RODRIGUEZ CARDO
DNI: Domiciliado en:
Calle:

Curso: 2005/2006
Nombre: IVAN ANTONIO
Teléfono:
C.P.

Datos Académicos:

Programa de Doctorado cursado: VALORES, PRINCIPIOS Y CRITERIOS DE INTERPRETACION
EN EL DERECHO
Departamento responsable: CIENCIAS JURIDICAS BASICAS
Departamento en que presenta la tesis doctoral: DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA
Título definitivo de la Tesis: Ámbito subjetivo del Sistema español de Seguridad Social

Autorización del director/es de la tesis

D/D^a: JOAQUIN GARCIA MURCIA
Departamento: DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA

Resolución

El Departamento DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA en su reunión de fecha 16 de Marzo de 2006, acordó **dar su conformidad para** la presentación de la tesis doctoral a la Comisión de Doctorado, en cumplimiento de lo establecido en el RD 56/2005 de 21 de Enero.

Asimismo el director/directores de la tesis doctoral, cumplen con el requisito establecido en el artículo 32.1.b del Reglamento de Tercer Ciclo de estudios universitarios, la obtención y expedición del título de Doctor y otros cursos de Postgrado, aprobado por Consejo de Gobierno de fecha 11 de julio de 2005 (BOPA 10.08.2005), y emiten el informe que se adjunta sobre la calidad científica de la misma, en cumplimiento de lo establecido en el R.D. 56/2005 y en el art. 35.1.a.bis del Reglamento de Tercer Ciclo de estudios universitarios, mencionado anteriormente.

Oviedo, 16 de Marzo de 2006

Director de la Tesis

Fdo: JOAQUIN GARCIA MURCIA

El Director del Departamento

Fdo.: Ignacio González del Rey Rodríguez



INFORME SOBRE LA CALIDAD CIENTÍFICA DE LA TESIS DOCTORAL

Alumno: IVAN ANTONIO RODRIGUEZ CARDO

Título de la Tesis Doctoral: Ámbito subjetivo del Sistema español de Seguridad Social

El proyecto de Tesis doctoral que presenta D. Iván Rodríguez Cardo con el título de “El ámbito subjetivo del sistema español de seguridad social” reúne todas las características necesarias de orden académico y científico para ser defendido ante el tribunal correspondiente. Puede constituir sin duda un relevante avance dentro de las materias propias del Área de conocimiento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y dentro de los estudios jurídicos en general, habida cuenta que se hace cargo de las grandes transformaciones experimentadas en los últimos tiempos por el campo de aplicación del sistema de seguridad social. Además de tratarse de una tarea pertinente y necesaria en ese contexto, la Tesis acredita el rigor y la honradez intelectual de una persona que acumula ya una notable experiencia en el mundo de la docencia y la investigación universitarias. Sus aportaciones son extraordinariamente útiles, además, para la gestión y aplicación práctica de la seguridad social

Oviedo, 10 de marzo de 2006

Director de la Tesis

Fdo: JOAQUIN GARCIA MURCIA

SR. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I- PROTECCIÓN SOCIAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN SUBJETIVA.....	25
1- De la Seguridad Social a la protección social: precisiones conceptuales	25
2- Un problema terminológico previo: la noción de «sujeto comprendido»	36
3- Los pilares del campo de aplicación: profesionalidad, territorialidad, nacionalidad y estado de necesidad	47
4- La obligatoriedad como presupuesto de conformación del ámbito subjetivo	54
5- La edad como umbral de entrada y salida del Sistema.....	61
6- Las limitaciones subjetivas de la Seguridad Social: la protección de los excluidos del Sistema	68
7- El carácter nacional de los sistemas de Seguridad Social: una perspectiva de derecho comparado	75
CAPÍTULO II- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ÁMBITO SUBJETIVO....	84
1- La «cuestión social» como punto de partida.....	84
2- La emergencia de la previsión social española.....	93
3- Los seguros sociales obligatorios como seguros “laborales”	98
4- La apertura de la previsión social hacia otras actividades profesionales.....	106
5- La creación de un Sistema de Seguridad Social sobre bases profesionales.....	112
6- La progresiva universalización del Sistema.....	120
CAPÍTULO III- LA PROFESIONALIDAD COMO PRINCIPAL PÓRTICO DE ENTRADA AL SISTEMA; ESPECIAL REFERENCIA AL TRABAJO AUTÓNOMO	126
1- La actividad profesional y su reflejo en la estructura del Sistema.....	126
2- El trabajo asalariado como principal nutriente del Sistema.....	134
3- El trabajo autónomo protegido por el Sistema: caracteres y principales rasgos configuradores.....	144
4- La mayoría de edad como exigencia de acceso al Sistema para los trabajadores autónomos	158
5- Los profesionales liberales y su laboriosa incorporación a la Seguridad Social ..	166
6- La particularidad del trabajo en cooperativas	181
7- La actividad deportiva y sus distintas manifestaciones	191
8- Socios trabajadores, directivos y administradores de empresas	206
CAPÍTULO IV- CARGOS Y SERVIDORES PÚBLICOS ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL	219
1- El singular itinerario de la previsión social en la función pública.....	219
2- La anexión de los funcionarios al Sistema de Seguridad Social.....	225
3- La ubicación y distribución de los funcionarios públicos en el Sistema	232

4- Funcionarios de empleo y contratados administrativos.....	245
5- Cargos públicos representativos y altas instituciones del Estado.....	257
6- Miembros y empleados de órganos constitucionales.....	264
7- Profesionales liberales en funciones cuasipúblicas	273
CAPÍTULO V- LA TERRITORIALIDAD COMO LÍMITE NATURAL DEL SISTEMA Y LOS PROBLEMAS DE LEY APLICABLE	282
1- Las fronteras nacionales como lindes del Sistema.....	283
2- La doble vertiente de la residencia: requisito de acceso y de devengo de prestaciones.....	287
3- Lugar de residencia <i>versus</i> lugar de prestación de servicios: el trabajo transfronterizo	293
4- El desplazamiento temporal de trabajadores como situación especial	304
5- Las ficciones de territorialidad sin desplazamiento: prestación de servicios en embajadas y en organizaciones internacionales.....	313
6- Distintas excepciones a la territorialidad en el trabajo: pabellones de conveniencia, personal itinerante, pluriactividad internacional, servicio militar.....	321
7- La protección de los emigrantes españoles como ruptura plena de la territorialidad	333
8- La libertad de circulación y el criterio de territorialidad: el alcance de la totalización de períodos de residencia.....	338
CAPÍTULO VI- LA DECADENCIA DE UN CRITERIO CLÁSICO: LA NACIONALIDAD.....	347
1- El carácter preferentemente nacional de los sistemas de previsión social.....	347
2- La igualdad de trato a través del criterio de reciprocidad.....	350
3- La progresiva equiparación de derechos de los extranjeros	356
4- La plenitud de derechos de los ciudadanos comunitarios.....	360
5- Las condiciones de acceso de los extranjeros no comunitarios	373
6- La situación del extranjero en las prestaciones no contributivas.....	383
7- Los extranjeros en situación irregular: la perspectiva internacional.....	393
8- El nuevo contexto del ordenamiento español tras la LOE.....	404
9- La protección residual del extranjero irregular frente a los riesgos profesionales.....	417
CAPÍTULO VII- LA ASIMILACIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE EXTENSIÓN DEL SISTEMA.....	430
1- Origen, fines y funciones de la asimilación.....	430
2- Concepto y formas de asimilación.....	435
3- La temprana asimilación de los estudiantes.....	440
4- La posterior asimilación de los becarios de investigación.....	452
5- La asimilación de los ministros de culto.....	459
6- La asimilación del clero regular.....	472
7- La incorporación voluntaria por asimilación al alta: el convenio especial como vía de expansión del ámbito subjetivo	476
CAPÍTULO VIII- EL ESTADO DE NECESIDAD COMO VÍA DE ACCESO COMPLEMENTARIO.....	486

1- La permanente tensión entre la contributividad y el estado de necesidad: los dilemas del modelo profesional	487
2- Las distintas acepciones de la situación de necesidad en el Sistema de Seguridad Social.....	491
3- Estado de necesidad y pensiones no contributivas: el umbral de pobreza como requisito de acceso al Sistema.....	498
4- Estado de necesidad y protección a la familia	510
5- Perspectivas de un futuro inmediato: la protección de las situaciones de dependencia.....	518
CAPÍTULO IX- LAS ZONAS DE FRONTERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	527
1- Formación y prácticas como actividades no protegidas	527
2- El trabajo marginal: actividad al límite de la exclusión.....	541
3- Prestaciones personales obligatorias y trabajo no voluntario	550
4- Trabajo penitenciario y en beneficio de la comunidad	560
5- Trabajo benévolo y no lucrativo	570
6- En especial, el trabajo de voluntariado o para organizaciones no lucrativas.....	580
7- Trabajo familiar y Seguridad Social	587
8- En particular, la convivencia matrimonial o de hecho.....	596
9- El trabajo en condiciones de ilegalidad	613
10- Una exclusión entre la moral y la ley: la prostitución	621
CONCLUSIONES.....	630
ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA	646
ANEXO II: JURISPRUDENCIA	752
ANEXO III: CONVENIOS INTERNACIONALES.....	782

ABREVIATURAS

AL= Actualidad Laboral
Ar.= Referencia del repertorio de jurisprudencia Aranzadi
AS=Aranzadi Social
BOCG= Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE= Boletín Oficial del Estado
CC= Real Decreto de 24 julio 1889, por el que se ordena la publicación del Código Civil
CCAA= Comunidades Autónomas
CE= Constitución Española de 6 de diciembre de 1978
CEF= Centro de Estudios Financieros
CES= Consejo Económico y Social
Cfr= Confrontar
CGPJ= Consejo General del Poder Judicial
CP= Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DA= Disposición Adicional
DD= Disposición Derogatoria
DF= Disposición Final
DGRN= Dirección General de los Registros y del Notariado
DGOJECSS= Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social
DGOSS= Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social
DGRJSS= Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social
DL= Documentación Laboral
DT= Disposición Transitoria
EEE= Espacio Económico Europeo
ET= Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores
INP= Instituto Nacional de Previsión
INSS= Instituto Nacional de la Seguridad Social
IT= Incapacidad Temporal
IP= Incapacidad Permanente
IPREM= Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples
IRPF= Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISFAS= Instituto Social de las Fuerzas Armadas
LBRL= Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LCT= Ley de Contrato de Trabajo
LGSS= Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
LGSS 1974= Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
LISMI= Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LISOS= Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LO= Ley Orgánica
LOE= Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOGP= Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
LOLS= Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

LOPJ= Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTIC= Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LSS= Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social.
MTAS= Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MUFACE= Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado.
MUGEJU= Mutualidad General Judicial
MUNPAL= Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local
OIT= Organización Internacional del Trabajo
OM= Orden Ministerial
OO.MM= Órdenes Ministeriales
REA= Régimen Especial Agrario
REDT= Revista Española de Derecho del Trabajo
REMC= Régimen Especial de la Minería del Carbón
RGSS= Régimen General de la Seguridad Social
REEH= Régimen Especial de Empleados de Hogar
REDA= Revista Española de Derecho Administrativo
RESS= Revista Española de Seguridad Social
RETA= Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RETM= Régimen Especial de Trabajadores del Mar
RD= Real Decreto
RDS= Revista de Derecho Social
RISS= Revista Iberoamericana de Seguridad Social
RL= Relaciones Laborales
RMTAS= Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS= Revista de Política Social
RSS= Revista de Seguridad Social
RTSS= Revista de Trabajo y Seguridad Social
SAN= Sentencia de la Audiencia Nacional
SMI= Salario Mínimo Interprofesional
STCT= Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STEDH= Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE= Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS= Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC= Tribunal Constitucional
TCT= Tribunal Central de Trabajo
TEDH= Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS= Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TL= Temas Laborales
TS= Tribunal Supremo
TSJ= Tribunal Superior de Justicia
UE= Unión Europea
v.gr.= Verbi Gracia
Vid.= Véase

INTRODUCCIÓN

1- El ámbito subjetivo no sólo es una cuestión nuclear en el análisis de un sistema de Seguridad Social, sino que constituye su principal seña de identidad¹. La previsión social nació a finales del siglo XIX por y para un colectivo concreto, los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, y su evolución natural ha dado lugar con el paso del tiempo a un buen número de sistemas de Seguridad Social que se conocen precisamente como profesionales o contributivos porque se dirigen a las personas que desarrollan una actividad profesional (son denominados también «bismarckianos», pues los seguros sociales fueron implantados por primera vez en la Alemania de Bismarck). Pero al lado estos sistemas se han desarrollados otros, que tienen su origen en consideraciones financieras, técnicas, ideológicas y filosóficas -e incluso basadas en la practicidad y la viabilidad- muy distintas, y que se han dado en llamar universalistas, porque prescinden del concepto de trabajador para amparar a toda persona en estado de necesidad (también reciben el calificativo de «beveridgeanos» o «anglosajones» porque se gestaron en Gran Bretaña inspirados en la propuesta efectuada por una comisión presidida por Lord Beveridge).

Por consiguiente, el ámbito subjetivo del sistema de Seguridad Social está condicionado por el modelo originalmente adoptado y, a la postre, por el colectivo social al que se pretende proteger. En cualquier caso, sobre todo ello pesa otro importante factor común a todos los países, como son las disponibilidades presupuestarias. No es aventurado afirmar que hasta el momento ninguno de los modelos ha conseguido una posición hegemónica; es más, la evolución económica y social ha provocado que los Estados, máxime en el llamado Primer Mundo, eludan posiciones dogmáticas y prefieran modelos mixtos, que aúnan elementos contributivos y asistenciales². En efecto, las bases ideológicas y estructurales sobre las que se asientan ambos modelos –contributivo y universal-, radicalmente contrarias en su esencia más

¹ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 59.

² Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, DL, nº 15, 1985, pág. 12; A.V. SEMPERE NAVARRO y Y. CANO GALÁN, *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario*, AS, nº 19, 2001, pág. 22; W. VAN GINNEKEN, "Superación de la exclusión social", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pág. 23; CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pp. 130-133.

pura, se han difuminado progresivamente. Tal vez ya no se trate propiamente de “modelos”, sino de posibilidades económicas y programas políticos. No obstante, en el fondo las diferencias subsisten, y por ello los Estados, en mayor o menor medida, deben decantarse por una de esas opciones, que «parecen agotar, en la configuración y extensión que hoy presentan, la imaginación de los reformadores sociales y de los expertos en protección social»³.

Los sistemas de Seguridad Social, de forma natural e incluso por inercia, han de tender a la universalización, aun cuando los trabajadores y sus dependientes sean los principales o únicos destinatarios, como tradicionalmente ha sucedido, y no pueden entenderse culminados cuando comprenden a un porcentaje de población –activa si se quiere- inferior al ochenta o noventa por ciento del total. La profesionalidad como límite del colectivo a proteger deriva, en ocasiones, de la propia naturaleza de los mecanismos de protección social, que en determinados Estados no cuentan con un fin específico y autónomo, sino que constituyen una labor de complemento de las políticas de promoción de empleo y alivio de la pobreza, lo que implica condicionamientos evidentes en el desarrollo de la Seguridad Social.

La mayor inquietud de los ciudadanos en los países occidentales –en lo tocante a la Seguridad Social- estriba en la intensidad de la acción protectora, en sus dos vertientes de contingencias protegidas y –quizá más importante- de cuantía de las prestaciones. Es claro que la mayor o menor generosidad de la acción protectora no constituye el indicador único, ni es, por supuesto, completamente fiable, para determinar el nivel de protección de un concreto sistema de Seguridad Social. La intensidad de la acción protectora debe venir acompañada de una extensión personal de dimensiones adecuadas, ya que, de lo contrario, el propósito último de la Seguridad Social –no ya como mecanismo de redistribución de la riqueza⁴, sino como instrumento de atención frente las necesidades más básicas- se vería frustrado.

La preocupación por la intensidad de la protección se debe a que en la Europa occidental se asume que toda persona -o cuanto menos todo trabajador- se encuentra protegida por el sistema de Seguridad Social. Pero ni siempre ha sido así, ni lo es en la actualidad; las exclusiones constituyen cada vez más excepciones que reglas generales

³ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pp. 46-47.

en Europa, pero no en el resto de países del mundo. A la postre, la extensión y la generosidad de un sistema de Seguridad Social no dependen exclusivamente de la «cualificación de las necesidades», sino que vienen condicionadas por las disponibilidades presupuestarias⁵. La configuración de un sistema de Seguridad Social está en directa relación con la situación económica del país, porque cuanto menor sea el grado de desarrollo menos recursos se generarán⁶, mayor será el auge de la economía informal y los reducidos salarios incrementarán las dificultades de los trabajadores para soportar las cargas que genera el sistema⁷.

En consecuencia, los Estados más desarrollados han instaurado, por lo general, mecanismos de protección social que bien sea por la vía de la Seguridad Social o de la Asistencia Social ofrecen cobertura contra los riesgos derivados del trabajo y las situaciones de pobreza endémica. Por el contrario, los países en vías de desarrollo, y en general todos los Estados del llamado Tercer Mundo, hacen primar –probablemente deban hacerlo para superar esa situación- el progreso económico sobre los derechos de los trabajadores, y sus mecanismos de protección social, si existen, otorgan una deficiente y rudimentaria cobertura a un escaso número de trabajadores (los asalariados de la industria en ámbitos urbanos básicamente).

2- Naturalmente, la elección del campo de aplicación repercute decisivamente en todos los ámbitos de la Seguridad Social, y en particular en la financiación, en la estructura y en la acción protectora⁸. Respecto de la financiación, los sistemas de base

⁴ El Sistema de Seguridad Social es, en esencia, «*un vero e proprio strumento di redistribuzione del reddito nazionale*»; cfr. F.P. ROSSI, *La previdenza sociale*, Sexta Edición, CEDAM, Pádova, 1998, pág. 46.

⁵ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, *Presente y futuro de nuestro vigente Sistema de Seguridad Social*, RSS, nº 15, 1982, pág. 355.

⁶ Vid. W. SCHMÄLL y S. HORTSMANN (Ed.), *Transformation of pension systems in central and eastern Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, pp. 89 y ss.

⁷ Vid. C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, pág. 307; W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para el sector informal: un nuevo desafío se presenta a los países en desarrollo*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999, pp. 57 y ss.; J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 52-53.

⁸ Nace así la diferencia entre riesgos primarios y secundarios, que tiene que ver con las contingencias cubiertas y no propiamente con las personas protegidas. En consecuencia, «*primary risk are those which were the actual and original reason why the different branches of social insurance were created*»; cfr. B. SCHULIN, «*Models and instruments of Social Security*», en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pág. 158. Por el contrario, «*the secondary social risk is defined as the risk of not having access to social protection. Such a risk arise when social protection is rendered through an employment relationship or some other form of remunerative occupation, as is often the case with social insurance schemes*»; cfr. G. IGL, «*The contingencies covered by social security systems*», en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pág. 87.

profesional se nutren de las cotizaciones de los trabajadores y empresarios, que serán la principal fuente de recursos para sufragar el coste de las prestaciones, mientras que los modelos universales se financian por vía impositiva de forma prácticamente exclusiva (sin perjuicio de que las cotizaciones puedan ser calificadas también como tributos).

La relación entre el ámbito subjetivo y la estructura del sistema tampoco admite dudas; la división en regímenes es más propia de modelos contributivos, pues la dificultad de equiparar el trabajo asalariado a otras formas de prestación de servicios (*v.gr.* trabajo por cuenta propia) aconseja la parcelación interna con el propósito de adecuar la protección a las características de los destinatarios. A la postre, la constitución de regímenes especiales únicamente se justifica por las peculiaridades de los sujetos a proteger. En el ordenamiento español, los vínculos entre el ámbito subjetivo y la estructura del Sistema son incluso más fuertes, porque en un primer momento –hasta que el legislador se decantó por la asimilación– la creación de regímenes especiales fue la vía predilecta para incorporar al Sistema de Seguridad Social a determinados colectivos hasta entonces excluidos.

La fragmentación del Sistema se corrigió en cierta medida a mediados de los ochenta, pero dos décadas después todavía supera lo razonable, y de ahí que sean frecuentes las propuestas –infructuosas hasta el momento– de simplificación. Esa pretensión, sin embargo, choca con los deseos y expectativas de los afectados, que no siempre están conformes con la supresión de su régimen especial por la menor acción protectora y/o la mayor carga contributiva que la nueva situación provocaría. Con el propósito de evitar situaciones traumáticas, se está llevando a cabo un proceso de paulatina homogeneización entre los diferentes regímenes, que facilitará en el futuro la simplificación de la estructura del Sistema.

Por consiguiente, el ámbito subjetivo de un sistema de Seguridad Social condiciona la acción protectora, y no sólo por la proliferación de regímenes especiales. El modelo universal se caracteriza por conceder prestaciones a todo residente en estado de necesidad, sea o no trabajador; pero la cuantía de esas prestaciones no es proporcional a ingresos previos, sino un mínimo vital de subsistencia que en la mayoría de ocasiones impide a los trabajadores mantener un nivel de vida similar al que disfrutaban mientras se encontraban en activo, lo que explica la popularidad de la previsión social complementaria, fomentada por los poderes públicos incluso mediante la obligación legal de establecer planes de pensiones en las empresas de cierto tamaño.

Los modelos contributivos, por su parte, condicionan el acceso a la acción protectora a la acreditación de períodos previos de cotización y ofrecen prestaciones en cuantía proporcional a las cotizaciones, con tasas de reemplazo cercanas en determinados casos al cien por cien. Sin embargo, excluyen a quienes no desempeñan una actividad productiva, sin perjuicio de la eventual irradiación de ciertos beneficios a los familiares del trabajador. Las prestaciones no contributivas han permitido superar esas barreras, ya que dispensan protección a las personas en estado de necesidad, con independencia de la condición de trabajador, propiciando una sustancial expansión del campo de aplicación de los sistemas de base profesional, que se aproximan progresivamente a la universalidad subjetiva mediante la cada vez más nítida separación de dos brazos o ramas de protección: contributiva y asistencial.

3-¹¹ La configuración subjetiva de los sistemas de Seguridad Social está muy influenciada por su devenir histórico. Los diferentes avatares históricos constituyen una referencia obligada para analizar cualquier aspecto relativo al sistema de Seguridad Social, y particularmente en el caso español, en el que la tradición condiciona e impregna todas sus vertientes, desde el modelo adoptado –contributivo–, a la acción protectora, la división en regímenes y, por supuesto, el ámbito subjetivo. La incuestionable relevancia de la evolución histórica permitiría basar en ella un estudio monográfico, pero la prudencia exige, por las dimensiones que de por sí alcanza este trabajo, reducir las ineludibles e imprescindibles reseñas históricas, cuyo principal propósito es el de señalar los hitos que jalonan el desarrollo del Sistema desde su mismo nacimiento y explican el porqué de sus caracteres actuales.

Tras los frustrados intentos de responsabilizar al individuo de su propia protección mediante la estimulación y fomento del ahorro, el ordenamiento español tomó como ejemplo el modelo alemán, y a partir de 1919 fue implantando diferentes seguros sociales obligatorios para amparar principalmente a los trabajadores asalariados de la industria y los servicios. El trabajador asalariado era el destinatario de dichos seguros, pero el acceso estaba supeditado a otros factores, particularmente al nivel de ingresos, ya que los seguros sociales, con la significativa excepción de los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, establecieron un umbral de rentas para dispensar protección únicamente a los trabajadores en estado de necesidad real. De este modo, se presumía con carácter *iuris et de iure* que los trabajadores con ingresos superiores se encontraban en disposición de afrontar la actualización de una

contingencia bien por sí mismos, bien a través de instrumentos tuitivos diferentes a los seguros sociales⁹.

La protección de los asalariados de otros sectores productivos, campo y mar básicamente, y de los trabajadores autónomos constituyó al mismo tiempo una gran preocupación y un problema de envergadura, porque la inclusión formal de ambos colectivos en algunos seguros sociales no se materializaba en resultados prácticos por dificultades técnicas, económicas y la actitud de los potenciales destinatarios, escasamente reivindicativos en unas ocasiones por la ausencia de estructuras colectivas convenientemente implantadas para canalizar las protestas y pretensiones, y reticentes en otras por las cargas que se derivarían de la cotización obligatoria. La previsión social pública no comenzó a generalizarse verdaderamente hasta mediados del siglo XX gracias al Mutualismo Laboral, origen y explicación de la fragmentación del Sistema de Seguridad Social, ya que se renunció a extender los seguros sociales a colectivos diferentes de los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, y se prefirió constituir instrumentos propios de previsión social para profesiones concretas o sectores determinados.

El Sistema de Seguridad Social, que tiene su origen inmediato en la década de los sesenta con la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, no hizo tabla rasa de la situación anterior, sino que buscó perfeccionarla, agrupando los diversos instrumentos protectores (seguros sociales y mutualidades) en un único mecanismo mediante el que se racionalizaría la gestión y se potenciaría y ampliaría la solidaridad. El Sistema comprendería a partir de entonces al trabajador, sin adjetivación, pero, fuera por clientelismo, fuera por razones técnicas o incluso económicas, decidió perpetuar ciertos rasgos característicos del modelo preexistente, como la protección diferenciada en función de la clase de actividad.

4- En el momento actual, el art. 41 CE encomienda a los poderes públicos no sólo el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, sino también la progresiva ampliación de la cobertura a todos los ciudadanos. La ubicación sistemática del precepto le resta virtualidad práctica, ya que se trata de un principio rector de la política social y económica que marca un fin, pero no un calendario o plazos concretos. A la postre, la Seguridad Social es un derecho de configuración legal, y por ello

⁹ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, "El ámbito subjetivo de la Seguridad Social", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pp. 47 y ss.

corresponde al legislador la delimitación precisa de las fronteras del Sistema. La LGSS, y en concreto su art. 7, constituye la referencia principal, pero por supuesto no la única.

Conviene poner de manifiesto la incidencia de las normas internacionales sobre el ámbito subjetivo del Sistema, aunque sea muy escasa. Los convenios internacionales se centran por lo general en cuestiones relativas a la igualdad de trato y a la coordinación de legislaciones, y respetan la competencia estatal en la determinación del campo de aplicación personal. Las referencias, cuando existen, suelen limitarse a declaraciones genéricas de reconocimiento del derecho, con el propósito de animar a los Estados a ampliar y mejorar sus mecanismos de protección social; se prescinde de obligaciones específicas, incluso en el ámbito de la OIT. El Convenio n° 102 de esa organización, uno de los más emblemáticos, aspira a la fijación de unos mínimos de necesario respeto en materia de Seguridad Social, pero contempla diferentes posibilidades de configuración del ámbito subjetivo del Sistema, y en modo alguno garantiza o exige la universalidad.

Tampoco el Derecho Comunitario resulta determinante, porque el propósito marcadamente económico de la UE ha provocado que las actuaciones en materia de Seguridad Social se expliquen por la afectación, a modo de restricción, de la libre circulación. La UE sólo interviene cuando la libertad de circulación se puede ver perjudicada por la normativa de Seguridad Social; de ahí que las medidas comunitarias se dirijan a coordinar legislaciones para garantizar los derechos del trabajador migrante, y no a la consecución de sistemas de Seguridad Social universales. En puridad, la repercusión más notable de las normas internacionales y comunitarias sobre el ámbito subjetivo del Sistema se produce por el establecimiento de normas de conflicto, que contienen tanto los Reglamentos de coordinación comunitarios como los convenios bilaterales (y alguno multilateral) en materia de Seguridad Social; su aplicación justifica que un sistema de Seguridad Social se extienda más allá de las fronteras del territorio del Estado, e incluso que deba inhibirse a favor de otro ante determinadas situaciones a las que de ordinario le corresponde atender.

Con esos matices, la conformación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social es competencia del legislador estatal, como se adelantó. En coherencia con el modelo continental que se ha adoptado, el art. 7 LGSS declara comprendidos en el Sistema a quienes realicen una actividad profesional, y también a quienes reúnan los requisitos para causar alguna de las prestaciones no contributivas que se conceden por la condición de persona y no por la de trabajador. Ahora bien, la delimitación precisa del

campo de aplicación no puede obtenerse exclusivamente a partir del art. 7 LGSS; ni siquiera es suficiente la legislación de Seguridad Social en sentido estricto. El Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional –Público y Privado-, el Derecho Comunitario e incluso el Derecho Canónico repercuten de una u otra forma en el ámbito subjetivo del Sistema.

5- Pese a la universalidad subjetiva que predica el Texto Constitucional, el Sistema de Seguridad Social no comprende a toda persona en estado de necesidad, ni siquiera respecto de la prestación de asistencia sanitaria, que ha adquirido sustantividad propia y ha desbordado los contornos subjetivos del Sistema, pero de la que aún están excluidos los inactivos con rentas superiores al IPREM que no puedan acceder a la prestación como beneficiarios. El Sistema de Seguridad Social, es claro, ha crecido de manera más pausada que el Sistema Nacional de Salud, quizás por temor a desajustes económicos que pudieran derivarse de incorporaciones no meditadas suficientemente, y por ello no dispensa protección a cualesquiera personas sin recursos. El Sistema de Seguridad Social se ha centrado en perfeccionar el modelo contributivo para conseguir la «universalidad profesional», y prácticamente ha alcanzado ya a la totalidad de personas que desarrollan una actividad profesional. En ese contexto, las eventuales exclusiones no están –o no suelen estar- formalmente establecidas, sino que se deducen en negativo de las menciones legales expresas. Comoquiera que están comprendidos en el Sistema los trabajadores asalariados, los autónomos, los asimilados a ambos, los funcionarios, los socios trabajadores de cooperativas y los estudiantes no es sencillo identificar actividades profesionales no protegidas.

Lógicamente, estarán excluidos, por expresa voluntad legal, quienes desarrollen una de esas actividades listadas en el art. 7.1 LGSS en condiciones de ilegalidad, así como los trabajadores autónomos menores de dieciocho años o que no realicen su actividad con carácter habitual, pero a salvo de algún supuesto excepcional (cargos directivos de sindicatos o partidos políticos, por ejemplo) el resto de colectivos que llevan a cabo una actividad profesional deben acceder al Sistema público. No obstante, merecen reseña en este momento dos supuestos particulares: en primer lugar, los profesionales colegiados a cuyo colegio esté adscrita una mutualidad de previsión social, a los que en determinados supuestos se ha concedido un derecho de opción a favor de dicha mutualidad que les permite lícitamente rechazar –o posponer- su incorporación al Sistema de Seguridad Social; y en segundo lugar los funcionarios

públicos, incluidos en el Sistema a tenor del art. 7 LGSS, pero excluidos *de facto* si pertenecen a alguno de los regímenes especiales de funcionarios públicos, que presentan tales particularidades que su consideración como parte integrante del Sistema es más un anhelo que una realidad.

6- El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social se sustenta en cuatro pilares. La profesionalidad, la territorialidad, la nacionalidad y el estado de necesidad permiten delimitar los contornos del campo de aplicación del Sistema, aunque no todos esos criterios actúan con la misma intensidad. La profesionalidad y la territorialidad han adquirido progresivamente un mayor protagonismo, desplazando a la nacionalidad a un papel residual e indirecto y convirtiendo el estado de necesidad en el principal punto de apoyo para la inclusión en el Sistema de quienes no desarrollan una actividad profesional.

La profesionalidad, sin lugar a dudas, se erige como el pilar principal sobre el que se construye un sistema de Seguridad Social de inspiración bismarckiana. En estos modelos, y el español es un ejemplo evidente, la territorialidad es decisiva y la nacionalidad podría contar con gran influencia, pero su ámbito subjetivo de aplicación viene definido por la profesionalidad, por la condición de trabajador en definitiva. Desde sus mismos orígenes los seguros sociales protegían a los trabajadores asalariados, aunque no en todos los ámbitos, sino que se limitaron a los sectores industrial y de servicios de forma prácticamente exclusiva. La progresiva expansión de la previsión social primero, y de la Seguridad Social después, se ha ido produciendo a través de la ampliación del catálogo de actividades protegidas. El Sistema ha desbordado los contornos del trabajo asalariado, una vez incorporados todos los sectores de actividad, y de ello se han beneficiado los trabajadores autónomos, los funcionarios y otros muchos colectivos de profesionales que han sido asimilados a trabajadores por cuenta ajena o propia para facilitar su ingreso en los mecanismos públicos de previsión social.

Aunque no es un criterio explícito —o al menos no completamente explicitado—, el territorio constituye un límite natural para un sistema de Seguridad Social, por cuanto ése es el ámbito espacial al que se circunscribe la soberanía y, en general, las posibilidades de actuación del Estado. El Sistema de Seguridad Social, por su carácter público, alcanza hasta donde llegan esas facultades estatales, hasta las fronteras del Estado. El criterio territorial se manifiesta en dos vertientes, residencia y profesionalidad; aparentemente, ambas han de concurrir en el mismo territorio para que pueda entrar en juego el Sistema de Seguridad Social, pero tanto la normativa

internacional como el propio ordenamiento español admiten excepciones en función de la naturaleza de la actividad e incluso de la nacionalidad del sujeto;

Entre las diversas circunstancias personales que pueden incidir en la protección social (edad, sexo, estado civil...), el Sistema ha concedido tradicionalmente una relevancia fundamental a la nacionalidad en la delimitación de su ámbito subjetivo, hasta el punto de que desde sus inicios hasta tiempos recientes ha excluido total o parcialmente a los extranjeros por la vía de la reciprocidad. Sin embargo, en el contexto actual la exigencia de reciprocidad se ha suprimido y la LOE reconoce el derecho a la no discriminación en materia laboral y de Seguridad Social a todos los extranjeros en situación regular; de este modo, la nacionalidad sólo es un obstáculo indirecto de acceso al Sistema en situaciones patológicas, pues no se permite el ingreso en ausencia de autorizaciones para residir y, en su caso, trabajar.

El cuarto de los criterios de conformación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social es el estado de necesidad, cuya significación ha variado notablemente desde los albores del Sistema. La inclusión en el campo de aplicación no depende con carácter general de los ingresos del sujeto, sino que el ejercicio de una actividad profesional en España, con independencia del rendimiento económico que genere, justifica e impone la incorporación al Sistema, al contrario de lo que sucedía en los seguros sociales. El estado de necesidad desempeña usualmente una función de modalización de la acción protectora. Sin embargo, cuenta aún con trascendencia decisiva en el campo de aplicación del Sistema, pues constituye un mecanismo de expansión y de cierre simultáneamente: de expansión porque permite superar la profesionalidad como requisito de acceso al Sistema y amparar así a quienes no realizan una actividad profesional; de cierre, porque es el criterio que en último término ha de dar lugar a la efectiva universalización subjetiva de la Seguridad Social.

7- El campo de aplicación es indudablemente uno de los aspectos nucleares que han de abordarse en el estudio de un sistema de Seguridad Social¹⁰, pero no ha sido objeto de un tratamiento doctrinal profundo y exhaustivo. Es claro que el ámbito subjetivo, la gestión, la financiación y el alcance y la intensidad de la acción protectora constituyen las grandes cuestiones de todo sistema de Seguridad Social. No obstante, el peso de cada una de estas parcelas en la doctrina científica y judicial resulta dispar. La acción protectora constituye el foco de mayor atención, porque desde siempre ha sido

¹⁰ Vid. G. PRIETO ESCUDERO, *El ámbito personal en la futura Seguridad Social integral*, RPS, nº 107, 1975, pág. 123.

menester clarificar los requisitos de acceso a prestaciones, el cálculo de su cuantía y los diferentes aspectos relativos a su dinámica.

Por su parte, el régimen jurídico de la gestión del Sistema de Seguridad Social se encuentra a medio camino entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo. Esa indefinición, ligada a la destacable aridez de la materia, explica en cierta medida la ausencia de estudios que aporten una visión sistemática y completa; los diversos problemas del régimen jurídico de las entidades gestoras y colaboradoras - incluidos sus derechos, obligaciones y responsabilidades-, de los actos de encuadramiento o de la solicitud y tramitación de prestaciones son resueltos judicialmente a medida que surgen, y por lo general no suscitan grandes inquietudes doctrinales por su eminente carácter procedimental y casuístico.

La^a financiación es objeto de atención desde una perspectiva esencialmente económica o actuarial, con el propósito de valorar la viabilidad del Sistema; la obligación de cotizar y la forma de cálculo de los diferentes conceptos por los que la ley exige contribuir a trabajador y/o empresario no generan demasiados dilemas conceptuales en el plano netamente jurídico, porque la exhaustividad de las normas de cotización permite una aplicación mecánica con mayor complejidad aritmética que de interpretación jurídica, al margen eventualmente de la determinación precisa de la noción de salario o de los intrincados problemas que generan los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria.

Esas razones no explican, en cambio, el aparente desinterés doctrinal -el judicial depende del planteamiento de la cuestión- por el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social. Sin duda, se conocen numerosos estudios relativos a los sujetos comprendidos en el Sistema, pero con el propósito primordial, en la mayor parte de ocasiones, de clarificar cuestiones de encuadramiento. Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo ocupan gran parte de los esfuerzos doctrinales -y también jurisprudenciales- cuando se procede al estudio de las personas incluidas y no de las prestaciones que pueden generar. Por ello, el análisis no se centra en el campo de aplicación del Sistema, sino en el de uno de sus concretos regímenes. Directamente, el ámbito subjetivo del Sistema únicamente es abordado o bien en los manuales generales sobre Seguridad Social, o bien en los comentarios a la LGSS cuando han de centrarse en su art. 7.

En el estado actual de la doctrina laboralista, cuantitativamente muy nutrida y cualitativamente madura, la ausencia de atención monográfica sorprende; es claro que si

«en el estudio de cualquier sistema de protección social es básico e imprescindible conocer su ámbito subjetivo o campo de aplicación»¹¹, las aproximaciones parciales no satisfacen la necesidad de un análisis sistemático que identifique y diseccione los pilares sobre los que se erige el campo de aplicación de la Seguridad Social. La concreta situación de un colectivo o las conclusiones extraídas a partir de la regulación de un régimen ofrecen una visión segmentada en una materia que requiere un examen directo. Es menester, así pues, abordar la cuestión frontalmente; no, por tanto, con el propósito de proceder a una nítida parcelación interna del Sistema -las cuestiones de encuadramiento o la intensidad de la acción protectora no interesan en la medida que el colectivo se encuentre incluido en el ámbito personal de aplicación-, sino de perfilar el perímetro del Sistema de Seguridad Social, sus fronteras exteriores, de modo que en último término puedan identificarse los sujetos comprendidos y excluidos. Comoquiera que el proceso de universalización subjetiva no ha finalizado -el campo de aplicación de un sistema auténticamente universal requiere escaso comentario-, es conveniente revisar periódicamente la delimitación subjetiva de un Sistema que, por otra parte, se encuentra en un estadio avanzado de su evolución, por lo que no es previsible que sufra notables alteraciones a corto o medio plazo.

8- Al margen de las indispensables referencias históricas en el Capítulo II, la estructura que se adopta pretende resaltar los criterios que sirven -y han servido- para formar el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social: profesionalidad, territorialidad, nacionalidad y estado de necesidad. Aunque no se enuncian expresamente ni en el art. 41 CE ni en la LGSS, se deducen del modo normal de actuación del Sistema de Seguridad Social. El art. 7 LGSS, directa o indirectamente, contiene una referencia a todos ellos. El Capítulo I ofrece un primer esbozo, previa concreción del concepto de «sujeto comprendido en el campo de aplicación», instrumental al igual que el de «Seguridad Social», pero imprescindibles ambos para acotar el objeto de estudio. El resto de Capítulos responden, de una u otra manera, a esos cuatro criterios, desgranando su incidencia actual en comparación con etapas pretéritas, así como las relaciones entre ellos.

La profesionalidad constituye el criterio más característico de inclusión en un modelo bismarckiano de Seguridad Social; en su virtud, queda comprendida en el Sistema toda persona que desarrolle una actividad profesional. Originalmente, los

¹¹ Cfr. A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pág. 87.

seguros sociales dispensaban protección exclusivamente a los trabajadores asalariados; con el tiempo los mecanismos públicos alcanzaron a los trabajadores por cuenta propia e incluso a colectivos que, pese a no poder enmarcarse en uno u otro concepto, desarrollan una actividad que a juicio del legislador merece ser protegida, y por ello han sido asimilados. La relevancia de la profesionalidad justifica un tratamiento más extenso que el del resto de criterios, y por ello se dedicarán tres capítulos (III, IV y VII) a su incidencia en el campo de aplicación. Aunque trabajo asalariado, autónomo y asimilación constituyen las tres manifestaciones más evidentes de profesionalidad, se ha preferido otra perspectiva de análisis. Los colectivos que desarrollan una actividad profesional, y que de un modo natural han de estar comprendidos en el Sistema (trabajadores asalariados, trabajadores por cuenta propia y determinados asimilados, como los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado), se estudian en el Capítulo III. El trabajo en el ámbito público conlleva especificidades evidentes en materia de Seguridad Social, que provocan la exclusión del Sistema, la inclusión matizada o la constitución de instrumentos propios de protección social –*v.gr.* funcionarios públicos–, como se detallará en el Capítulo IV.

La territorialidad es el objeto del Capítulo V, que se detiene en las distintas excepciones que o bien permiten extender la Seguridad Social española a quienes residen y/o trabajan fuera de España, o bien exigen que el Sistema se inhíba ante una situación que teóricamente le corresponde proteger. El trabajo transfronterizo y el desplazamiento de trabajadores constituyen los dos supuestos posiblemente más emblemáticos y típicos, pero el trabajo en organizaciones internacionales, en embajadas o en buques genera también dificultades de esta índole. Las excepciones a la territorialidad no se producen únicamente a partir su combinación con el criterio profesional, sino que la nacionalidad del sujeto y el estado de necesidad justifican igualmente una intervención tuitiva extraterritorial, normalmente a través de prestaciones asistenciales.

El Capítulo VI se dedica a la nacionalidad, uno de los criterios más clásicos y, posiblemente, el más polémico en tiempos recientes. La situación regular en España es el condicionante principal para obtener el reconocimiento de la completa igualdad de trato en materia de Seguridad Social. No obstante, la reordenación del régimen jurídico de la extranjería ha propiciado nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales que ponen en duda la exclusión del Sistema de Seguridad Social de los extranjeros que prestan servicios en España sin contar con las pertinentes, y en principio indispensables,

autorizaciones administrativas para residir y trabajar. La cuestión, de interpretación compleja, merece un detallado comentario, y a él se dedicará una atención primordial en ese capítulo.

La asimilación ha de contar con un espacio reservado, el Capítulo VII, en el que no se abordarán todas las formas de asimilación; como se dijo, quienes se dedican a una actividad profesional que no constituya trabajo asalariado o por cuenta propia han sido asimilados a éstos en muchos casos, y como profesionales tienen un lugar en el Capítulo III. Sin embargo, otros colectivos no desarrollan una actividad profesional en sentido estricto y aun así han sido asimilados. Aunque tanto la asimilación a trabajadores – socios trabajadores de cooperativas o consejeros activos o administradores de sociedades de capital- como la asimilación a profesionales –estudiantes o religiosos- provocan una inclusión constitutiva en el Sistema, la segunda supone además una ruptura –o cuanto menos una notable flexibilización- del criterio profesional y de ahí la conveniencia de una mención separada.

El Capítulo VIII se dedica al estado de necesidad, que es una exigencia de acceso al Sistema en las prestaciones de carácter no contributivo. Es menester, por ende, analizar el requisito de carencia de rentas que permite causar dichas prestaciones, porque el ingreso en el Sistema dependerá en tales casos de la acreditación de un estado de necesidad real en los términos definidos por el legislador. La determinación de ese umbral, individual o familiar según los supuestos, y la concreción de las rentas computables se convierten en las dos cuestiones más relevantes. Como se verá también en ese capítulo, la proyectada creación de un seguro de dependencia podría repercutir en el ámbito subjetivo del Sistema, incorporando a su campo de aplicación nuevos sujetos en estado de necesidad.

El análisis de esos cuatro criterios ofrece una perspectiva detallada sobre los contornos del Sistema de Seguridad Social, que, sin embargo, mantiene incertidumbres que merecen un tratamiento individualizado. El Capítulo IX, precisamente, se centra en esos supuestos, no todos ellos frecuentes en la doctrina y la jurisprudencia, pero que a la postre resultan imprescindibles en un estudio sobre el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, que debe concluir con la identificación de los sujetos que se encuentran excluidos por no cumplir alguno de los requisitos que justifican e imponen el acceso. La prostitución, las prestaciones obligatorias, el trabajo benévolo, las actividades formativas o el trabajo familiar suscitan cuestiones de indudable interés, y la

inclusión en el Sistema de Seguridad Social de quienes realicen tales actividades, aunque en ocasiones proceda, no siempre es evidente.

9- Sin perjuicio de que pueda ser analizado desde diversos enfoques, como el económico o el sociológico, el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social puede y debe ser abordado desde una perspectiva jurídica, porque la Seguridad Social es un derecho de configuración legal, aunque sin reserva de ley. El ordenamiento de Seguridad Social, por su crecimiento aluvional y técnicamente poco sofisticado, ha alcanzado tal densidad que se ha convertido en una auténtica «selva legislativa», donde la localización de las normas vigentes y aplicables a menudo se convierte en un problema mayor que el de su interpretación y aplicación al caso concreto¹². Respecto del campo de aplicación, el art. 7 LGSS constituye la referencia principal, pero debe ser completado con una panoplia de normas diversas que se encuentran en la propia LGSS, en otras normas de rango legal y en una ingente cantidad de normas infralegales, sin olvidar la normativa internacional y comunitaria, que se incorpora al ordenamiento interno tras la oportuna ratificación y publicación.

El Sistema de Seguridad Social es un mecanismo de gran tradición e implantación, y por ello su configuración actual es deudora de la tradición histórica; el Sistema ha evolucionado a medida que las circunstancias socioeconómicas y políticas lo permitían, y el camino que ha seguido esa evolución, y en muchas ocasiones el impulso necesario para afrontar ese salto cualitativo, se explica a partir de las aportaciones doctrinales. La doctrina científica se ha ocupado del estudio de las personas comprendidas en los mecanismos públicos de protección social desde sus inicios, con objetivos muy variados: identificar a los sujetos protegidos, poner de manifiesto desajustes entre la norma laboral y la de Seguridad Social, aclarar las diferencias entre la acción protectora de diversos colectivos, acotar cada una de las parcelas en las que se divide el Sistema de Seguridad Social, establecer una frontera entre el Sistema de Seguridad Social y otros mecanismos públicos de protección de riesgos sociales, etc. Las aportaciones doctrinales, por consiguiente, resultan imprescindibles para comprender cabalmente los caracteres del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social.

El análisis del marco normativo y de las contribuciones doctrinales debe asimismo acompañarse del indispensable, e incluso inseparable, complemento de la

¹² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, "La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999, pág. 359.

norma jurídica: la exégesis jurisprudencial. Aunque la Seguridad Social no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, la jurisprudencia constitucional se ha convertido en una referencia obligada, porque ha marcado el ritmo de crecimiento al atribuir al legislador la facultad prácticamente incondicionada de ampliar el ámbito subjetivo del Sistema –y mejorar la acción protectora- en la medida que las disponibilidades económicas lo permitan. La jurisprudencia ordinaria resulta igualmente básica; las especiales connotaciones de los sujetos que se encuentran en la órbita del Sistema han hecho aflorar consideraciones de carácter humanitario en la doctrina del Tribunal Supremo, y la idea de justicia impregna determinadas soluciones que a menudo convierten a la jurisprudencia ordinaria en fuente de Derecho a pesar del art. 1.6 CC. No cabe olvidar la jurisprudencia comunitaria y la del TEDH, aunque su repercusión en el ámbito subjetivo del Sistema es meramente indirecta, porque ni los litigios referidos a la coordinación de legislaciones ni los que se ocupan de resolver posibles vulneraciones de los principios de igualdad y no discriminación se generan con ocasión de cuestiones relativas a la extensión personal, sin perjuicio de que eventualmente puedan incidir de forma colateral.

La Seguridad Social, como mecanismo tuitivo de naturaleza pública, tiene una inescindible relación con el Derecho Administrativo; no en vano, la Seguridad Social es un derecho de aplicación administrativa, y de ahí que la interpretación de las normas que efectúa la propia Administración pueda contar con una especial significación. La condición de fuente de Derecho de esas interpretaciones es muy discutible, porque su función consiste en proporcionar pautas internas de actuación para que los distintos entes territoriales actúen conforme a un mismo patrón. Ese valor meramente interno viene corroborado por la ausencia de publicación oficial de la que normalmente adolecen estas interpretaciones administrativas, que por ello se ven privadas de la condición de norma y de la eficacia jurídica propia de los reglamentos.

Las referencias normativas internas, o de ámbito internacional pero asumidas por el ordenamiento español, deben complementarse con las oportunas alusiones a derecho comparado. Los sistemas de Seguridad Social nacen y se desarrollan en íntima conexión con las circunstancias sociales y económicas del Estado en el que se han constituido y en el que deben actuar. Aunque se puedan establecer ciertos paralelismos en función de zonas geográficas, desarrollo socioeconómico y afinidad cultural, los sistemas de Seguridad Social evolucionan en cada país a medida que las disponibilidades financieras permiten conciliar el avance de los derechos sociales con el nivel de

desarrollo económico que en un momento dado se estima adecuado. Ello repercute decisivamente en la perspectiva con la que se ha de abordar el derecho comparado; la diversidad entre los distintos modelos de Seguridad Social obliga a tomar como ejemplo sistemas homogéneos, con un comienzo, una evolución y un grado de desarrollo similares. El Sistema español de Seguridad Social presenta paralelismos con los países que tienen un entorno socio-económico y cultural similar, con Francia, Italia y Alemania como puntos de referencia más destacados. Los sistemas de Seguridad Social de Gran Bretaña y los países escandinavos, o los del resto del mundo, se mueven en coordenadas claramente diferentes. Ahora bien, incluso la comparación con los modelos continentales europeos presenta ciertas aristas que aconsejan acoger con cautela los resultados. Los sistemas de Seguridad Social están ligados al contexto socioeconómico –presente y en perspectiva de futuro- y a la herencia cultural, lo que dota a cada sistema de Seguridad Social de perfiles propios y de una problemática específica que difícilmente cabe extrapolar.

CAPÍTULO I- PROTECCIÓN SOCIAL, SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN SUBJETIVA

Las diferentes manifestaciones de solidaridad o ayuda mutua cuentan con una larga tradición en el ámbito privado, pero la creación de un instrumento público que garantice la atención frente a las necesidades de los más desfavorecidos es relativamente reciente. La actuación de los poderes públicos se articula a través de diferentes vías, en función de los fines que pretenda conseguir y de las personas a las que se dirija. Seguridad social, previsión social, asistencia social y protección social constituyen denominaciones referidas a esas fórmulas tuitivas, y su acotación es el paso previo para determinar los criterios sobre los que se erige el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

1- De la Seguridad Social a la protección social: precisiones conceptuales

La identificación de los sujetos comprendidos en el Sistema de Seguridad Social requiere, como condición previa, la delimitación misma de la noción de Seguridad Social, pues no se pueden abordar las características del contenido sin fijar previamente las del continente. El concepto de Seguridad Social es coyuntural tanto en el tiempo como en el espacio, pues no en todas las épocas ha tenido la misma significación, y no en todos los países la expresión designa la misma realidad¹. Es claro, como premisa inicial, que la Seguridad Social es un mecanismo de protección contra riesgos sociales, pero es un mecanismo público, como se encarga de recordar, por dos veces, el art. 41 CE. Desde esta perspectiva, los instrumentos, instituciones y entidades de naturaleza privada (seguros, mutualidades, planes de pensiones, etc.) no forman parte del Sistema de Seguridad Social, salvo que el propio Sistema remita a ellos o los integre en su seno (mutuas, por ejemplo)².

La publicación acota el concepto, pero no lo delimita con precisión. A la postre, los más intrincados problemas de deslinde se producen, precisamente, entre mecanismos de protección públicos. En primer lugar, «previsión social» es la expresión que ha servido para designar a los instrumentos públicos de protección que preceden al

¹ Vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 14 y ss.

² Vid. L. MARTÍN-GRANIZO y M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, *Derecho Social*, Editorial Reus, Madrid, 1932, pp. 105-107.

Sistema de Seguridad Social, principalmente los seguros sociales y las mutualidades laborales. Se alude, pues, a mecanismos que dispensan protección bien a colectivos concretos, bien respecto de contingencias específicas. En el momento actual, «previsión social» es una expresión en desuso y normalmente inadecuada, salvo excepciones. En el ámbito público, los regímenes especiales de funcionarios públicos podrían calificarse como manifestación de la previsión social, por la pervivencia de mutualidades para proteger de los riesgos que sufran en activo³. En realidad, y comoquiera que los funcionarios públicos están incluidos formalmente en el Sistema de Seguridad Social, bajo la expresión «previsión social» únicamente cabría incluir con propiedad determinadas fórmulas de seguridad social complementaria. No en vano, pueden constituirse libremente mutualidades de previsión social, en los términos del Real Decreto Legislativo 6/2004, entidades privadas y de afiliación voluntaria. En consecuencia, no hay dificultad, aparentemente, para deslindar la Seguridad Social de la previsión social, sea la de carácter público anterior al Sistema de Seguridad Social, sea la privada, que todavía subsiste⁴.

El mayor foco de conflictos tiene lugar respecto de la Asistencia Social, expresión «de muy dudosa delimitación técnica»⁵ en la que aquí se incluyen, a efectos discursivos, los servicios sociales⁶. Las fronteras con la Seguridad Social no se han establecido con precisión⁷, porque ni una ni otra están definidas en sede constitucional⁸, y los intentos de clarificación por parte de doctrina y jurisprudencia se ven mediatizados por el problema competencial que en el fondo subyace. El debate, como se sabe, se ha reabierto con fuerza recientemente, a raíz de la conocida sentencia STC 239/2002⁹; en ella, el TC califica como Asistencia Social un complemento a las pensiones no

³ IV.3.

⁴ Vid. J. GARCÍA MURCIA, “El espacio de las pensiones privadas”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999, pp. 162 y ss.

⁵ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, “Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978 (Las relaciones laborales y la Seguridad Social)”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 433.

⁶ Vid. C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid, 1998, pág. 53; J.F. BLASCO LAHOZ, *La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español*, AL, nº 36, 1992, pp. 642 y ss.

⁷ Vid. A. DESDENTADO BONETE, “Las pensiones no contributivas en el marco constitucional”, en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 275.

⁸ Vid. J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pp. 112 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, *Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social*, DL, nº 1, 1981, pp. 18 y ss.; F. DE VICENTE PACHÉS, *Asistencia social y Servicios Sociales: Régimen de distribución de competencias*, Tribuna Social, nº 138, 2002, pp. 9 y ss.

⁹ De 11 de diciembre.

contributivas de jubilación e invalidez concedido por la Junta de Andalucía, lo que, dicho sea de paso, ha propiciado una reforma y contrarreforma del art. 38.4 LGSS¹⁰.

Hasta el momento, las construcciones doctrinales y de la jurisprudencia constitucional dirigidas a encontrar un criterio distintivo no tienen como principal propósito fijar unos adecuados contornos cuantitativos y cualitativos que disciplinen la relación entre esas instituciones, y garanticen no sólo su coexistencia pacífica, sino una actuación coordinada y coherente que permita satisfacer mejor las necesidades de los ciudadanos; por el contrario, los conflictos que han surgido obedecen a cuestiones puramente instrumentales, ya que el fin último parece quedar limitado a la determinación de la Administración competente para adoptar ciertas medidas, toda vez que la Seguridad Social es esencialmente una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17 CE)¹¹ por la interpretación constitucional del concepto de caja única¹²,

¹⁰ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Como un torrente: crónica de leyes sociales de finales de 2003*, RL, Tomo II, 2004, pp. 779-782; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 75 y ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ, *Las últimas reformas legales en el sistema público de pensiones*, AS, nº 10, 2005, pp. 12 y ss.; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *STC 239/2002: ¿recreación del Sistema de Seguridad Social?*, Tribunal Constitucional, nº 21-22, 2003, pp. 35 y ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La consideración jurídica de las ayudas complementarias a las pensiones no contributivas, según la STC 239/2002, de 11 de diciembre de 2002, y según el proyectado art. 38.4 LGSS*, AS, Tomo IV, 2002, pp. 3350 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS y R. PÉREZ YÁÑEZ, *Algunas novedades recientes en la legislación de Seguridad Social*, RL, nº 15-16, 2005, pp. 140 y ss.; F. DE VICENTE PACHÉS, *Breves consideraciones acerca de la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas*, Tribuna Social, nº 176-177, 2005, pp. 9 y ss.; P. MORGADO PANADERO, *¿La descentralización de la Seguridad Social? Nuevas normas, antiguos conflictos*, Tribuna Social, nº 179, 2005, pp. 35 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *Del «mal» e «inútil» uso del «poder legislativo» en materia de Seguridad Social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las prestaciones no contributivas de los complementos autonómicos*, AS, nº 12, 2005, pp. 37 y ss.

¹¹ Vid. SSTC 98/2004, de 25 de mayo; 195/1996, de 28 de noviembre; y 124/1989, de 7 de julio, entre otras.

¹² Vid. V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "Política y gestión del desempleo en el Estado autonómico", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 125 y ss.; B. GONZALO GONZÁLEZ y B. SUÁREZ CORUJO, *La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad*, RL, nº 13, 2004, pp. 49 y ss.; A. REDECILLAS LÓPEZ DE SABANDO, "Perspectiva normativa: El principio de unidad de caja en la Constitución y en los sucesivos textos de la Ley General de Seguridad Social", en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 15 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA, "La caja única en la constitución", en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 77 y ss.; I. VILLAR CAÑADA y J. CUEVAS GALLEGU, "Las reformas de la Ley de Seguridad Social para el fin de la legislatura: comentario a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, a la Ley PGE (Ley 61/2003) y a la Ley 62/2003, MFAOS", en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004, pp. 214-218; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Incremento de las pensiones no contributivas por las CCAA*, REDT, nº 117, 2003, pp. 479; F. DE VICENTE PACHÉS, *Los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas de Seguridad Social: ¿Seguridad Social o Asistencia Social? El conflicto competencial Estado versus CCAA*, Tribuna Social, nº 156, 2003, pp. 51 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA y R. ZATARAIN DEL VALLE, *La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989*, Revista de Trabajo, nº 99, 1990, pp. 9 y ss.

mientras que la Asistencia Social puede ser asumida íntegramente por las CCAA (art. 148.1.20)¹³.

Todas las CCAA han hecho uso de esa competencia profusamente, en unas ocasiones atendiendo necesidades no cubiertas por el Sistema, y en otras complementando a éste. A la inversa, parcelas de actuación tradicionalmente autonómicas han sufrido cierta “invasión” por parte de la legislación de Seguridad Social¹⁴ (prestaciones no contributivas o la renta activa de inserción¹⁵). Lógicamente, las dificultades derivan de la nulidad que debe predicarse de las medidas adoptadas por una Administración incompetente. La jurisprudencia constitucional, que en varias ocasiones ha abordado la cuestión, no ha ofrecido hasta el momento unas pautas unívocas que permitan establecer una clara línea divisoria, lo que hace aún más necesaria una racionalización de esta materia que coadyuve a esclarecer los fines y funciones de cada institución¹⁶. Es claro que Seguridad Social y Asistencia Social son

¹³ Vid. F. MANRIQUE LÓPEZ, *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, RSS, nº 23, 1984, pág. 144; J.A. MALDONADO MOLINA, *La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía*, AL, nº 28, 1999, pp. 521 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Nuevamente sobre las competencias de las CCAA en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la STC 239/2002, de 11 de diciembre*, TL, nº 68, 2003, pp. 189 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *El Estado Social Autónomo y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones*, TL, nº 69, 2003, pp. 10 y ss.

¹⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensiones no contributivas y Seguridad Social*, Relaciones Laborales, nº 12, 1988, pág. 4.

¹⁵ Vid. G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 82 y ss.; J. GARCÍA MURCIA, “Desempleo agrícola y renta activa de inserción”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.), *La Ley 45/2003 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 169 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Garantía de los recursos mínimos de subsistencia y renta activa de inserción en la Comunidad Autónoma Andaluza”, en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pp. 207 y ss.; E. ROJO TORRECILLA, “Protección Social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 125 y ss.; R. ESTEBAN LEGARRETA, “La renta activa de inserción: una perspectiva en evolución desde el fomento del empleo”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 181 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE y R.M. VALLECILLO GÁMEZ, *El «derecho a» y las «políticas de» inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de «rentas activas de inserción»*, RTSS (CEF), nº 268, 2005, pp. 5 y ss.; J. GARCÍA VIÑA, *Estudio de la renta activa de inserción en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad*, Tribuna Social, nº 150, 2003, pp. 72 y ss.; C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid, 1998, pp. 38 y ss.; A. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 111 y ss.; F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, *Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?*, RMTAS, nº 34, 2002, pp. 142 y ss.

¹⁶ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, «Polvos y lodos»: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 LGSS), RL, nº 13, 2004, pp. 17 y ss.; B. SUÁREZ CORUJO, *STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una «novísima» asistencia social?*, RL, Tomo II, 2003, pp. 610 y ss.; P. MORGADO

dos instrumentos diferentes. Las fronteras, en principio, deben extraerse a partir de la interpretación de la legislación ordinaria, ante la falta de criterios en sede constitucional. Sin embargo, la STC 76/1986 ya dejaba intuir¹⁷, y la STC 239/2002 lo explicita, que, aunque no determinado *a priori*, la Asistencia Social tiene un espacio constitucionalmente reservado, pero no un contenido mínimo.

Esa interpretación plantea ciertas dificultades de acomodación teórica. El TC, de forma coherente con el supuesto enjuiciado, enfoca la solución desde la perspectiva de la distribución de competencias entre los poderes públicos; pero ese reparto, por más que provenga del Texto Constitucional, no habría de condicionar, por sí mismo y de forma exclusiva, la delimitación conceptual de esas instituciones, pues concepto y competencia (y más en sus dos vertientes de asunción y ejecución) son estadios nítidamente diferenciados, aunque eventualmente relacionados; el instrumento, a la postre, no puede perjudicar la consecución del objetivo¹⁸. En verdad, la STC 239/2002 se ve obligada a corregir un problema que el propio TC ha creado por su atribución al Estado de la competencia cuasi plena en materia de Seguridad Social, con el impedimento de actuación que ello supone para las CCAA.

Ni la Asistencia Social es un concepto de contornos definidos, ni en sede constitucional puede encontrarse una determinación de su contenido y ni siquiera una garantía de supervivencia¹⁹. Cabe pensar, aunque resulte utópico, en un sistema de Seguridad Social universal tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, que conceda a todas las personas prestaciones suficientes ante una situación de necesidad. En ese escenario, la Asistencia Social externa, como mecanismo de protección de los económicamente débiles cuyas necesidades no han sido cubiertas por el Sistema de Seguridad Social, carecería de espacio. Podría redefinirse, complementando prestaciones para cubrir otras necesidades no tan vitales, incluso artificialmente creadas,

PANADERO, *Una nueva aproximación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social: la STC 239/2002*, RL, nº 2, 2005, pp. 37 y ss.

¹⁷ Para un exhaustivo repaso de la doctrina del TC en este ámbito, vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL (Coord.), "Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social (1981-2000)", en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y F. ELORZA GUERRERO (Coord.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 404 y ss.

¹⁸ Vid. J. VIDA SORIA, "La reforma de la Seguridad Social en España", en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pp. 250-251; en el mismo sentido, vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "El contenido constitucional de la asistencia social", en A. MONTOYA MELGAR, *El trabajo y la Constitución*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 592; A. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 177; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La competencia de las CCAA en materia de protección social*, TL, nº 51, 1999, pp. 214 y ss.

protegiendo otras contingencias o atendiendo a situaciones alejadas de la mera subsistencia, pero quedaría privada de los rasgos que configuran la actual Asistencia Social²⁰.

Esa hipótesis, *de facto* inviable porque «siempre existirán fenómenos de exclusión social a los que atender, y que no están tipificados como de Seguridad Social»²¹, permite ilustrar que un sistema de Seguridad Social que haya alcanzado su ideal de cobertura desplazaría, hasta su práctica desaparición, a la Asistencia Social. La Seguridad Social, tal y como está concebida, es un bien en sí mismo, el mejor mecanismo protector contra riesgos sociales, pero que presenta las limitaciones propias de la escasez presupuestaria. La Seguridad Social puede determinar, de forma prácticamente autónoma, su ámbito de actuación subjetivo y objetivo; la Asistencia Social, como mecanismo tuitivo, cuenta con un eminente carácter, quizá no residual, por las connotaciones peyorativas que pudieran atribuirse a la expresión, pero sí subsidiario, supeditado a la extensión del Sistema de Seguridad Social²², en la medida la expansión de éste provocará una «reducción correlativa» de aquélla²³.

La Constitución no ha reservado una parcela en exclusiva a la Asistencia Social, que se define por exclusión, con marcado carácter coyuntural, y supeditada por tanto a la extensión del Sistema de Seguridad Social en cada momento. Los argumentos basados en la atribución de competencias constitucionales no resultan completamente convincentes, pues aunque en abstracto pudiera convenirse en que la asunción de la competencia de Asistencia Social por parte de las CCAA debe estar dotada de contenido, lo cierto es que tal pretensión no debe prosperar, puesto que choca, por un lado, con la compleja determinación de ese contenido, para lo que no se ha ofrecido un criterio de suficiente solidez; y, por otro, y más importante, con la misma elevación de la Asistencia Social a mecanismo de protección no sólo deseable, sino imprescindible,

¹⁹ Vid. G. DIÉGUEZ CUERVO, *Asistencia Social*, RPS, nº 92, 1971, pp. 31 y ss.

²⁰ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Hacia el Derecho de la Protección Social", en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 32.

²¹ Cfr. J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pág. 121. En el mismo sentido, vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social", en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pág. 277.

²² Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 54; F. SALVADOR PÉREZ, *Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social*, REDT, nº 43, 1990, pp. 513-514.

²³ Cfr. B. GARCÍA ROMERO, "Las prestaciones sociales: criterios de delimitación", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999, pág. 126.

concepción realista, pero jurídicamente inapropiada por los límites que artificialmente se impondrían a la expansión del Sistema de Seguridad Social²⁴.

El Sistema español de Seguridad Social contempla desde hace décadas medidas de carácter asistencial, incluso denominándolas «asistencia social»²⁵. La propia LGSS, en su art. 55 LGSS²⁶, cataloga como Asistencia Social aquellos «servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones». Nace así una Asistencia Social interna al Sistema, dirigida a quienes están incluidos en su ámbito subjetivo, por contraposición a la Asistencia Social externa, verdadera fuente de conflictos²⁷. Con anterioridad a Ley 26/1990 la diferencia resultaba, en líneas generales, fácil de apreciar. La Asistencia Social, sin calificativos, en forma de beneficencia u otros mecanismos condicionados a las disponibilidades financieras de los poderes públicos, es anterior a la previsión social en sentido estricto. Los seguros sociales, y los mecanismos de protección contributivos en general, se distinguen sin problemas de la Asistencia Social, tanto si ésta se configura en su dimensión horizontal (frente a contingencias no previstas o sujetos no protegidos por la Seguridad Social) como si se articula de forma vertical (complementando prestaciones del Sistema por estimarlas insuficientes).

La instauración de prestaciones no contributivas enturbia los límites, como en su día se puso de manifiesto en el debate parlamentario²⁸, pues ontológicamente no hay diferencia con las prestaciones de Asistencia Social, sea ésta interna o externa al

²⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social*, RL, Tomo II, 1988, pp. 11 y ss.; M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 28-32; L.E. DE LA VILLA GIL, *El modelo constitucional de protección social*, AS, nº 3, 2004, pp. 60 y ss.; V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, “Política y gestión del desempleo en el Estado autonómico”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 155 y ss.; J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pp. 128-129.

²⁵ Vid. J. VIDA SORIA, *Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social española*, Revista de Trabajo, nº 1, 1968, pp. 54 y ss.

²⁶ Vid. arts. 36 y 37 LGSS 1974.

²⁷ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 50 y ss.

²⁸ Vid. E. ROJO TORRECILLA, “Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 130-131.

Sistema. Esas «nubladas fronteras» entre una y otra institución²⁹ han provocado que el TJCE³⁰ califique frecuentemente como prestaciones de Seguridad Social medidas que un Estado ha definido internamente como Asistencia Social³¹, para poder así aplicar las normas de coordinación comunitarias, que excluyen expresamente de su ámbito objetivo la Asistencia Social (art. 4.4 Reglamento 1408/71 y art. 3.5 Reglamento 883/2004)³². Evidentemente, si existen divergencias entre la configuración de una concreta prestación no contributiva y una prestación de Asistencia Social, pero su esencia es la misma³³, y por ello en ocasiones ha suscitado extrañeza que prestaciones de idéntica naturaleza y similar función tuvieran diferente consideración legal³⁴.

En verdad, las prestaciones no contributivas son consecuencia de la vocación universalista de los sistemas de Seguridad Social, pues resaltan, de manera evidente, su propósito último: la atención frente a la necesidad. La Seguridad Social puede, y por imperativo constitucional debe, incorporar a su acción protectora medidas asistenciales, que por definición coadyuvan a conseguir la universalidad subjetiva. Ahora bien, en un Sistema como el español, con profunda raigambre contributiva, las prestaciones no contributivas forman parte del Sistema de Seguridad Social meramente porque así lo ha querido el legislador. No existe otra justificación intrínseca, ya que en el ordenamiento español la consideración de una determinada prestación como de Seguridad Social o de Asistencia Social depende de la voluntad del legislador, y más concretamente, del legislador estatal³⁵. El sustento proviene del mismo art. 41 CE, que permite al legislador

²⁹ Cfr. J. LÓPEZ LÓPEZ, “La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 54-55,

³⁰ Vid. SSTJCE Päivikki (de 7-11-2002, asunto C-333/00), o Martínez Sala (de 12-5-1998, asunto C-85/96).

³¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1982, pp. 124-129; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pp. 109-119.

³² Vid. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pp. 75 y ss.

³³ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social”, en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pág. 273; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pág. 108.

³⁴ Vid. R. ESTEBAN LEGARRETA, “Comentario a algunos aspectos conflictivos de la renta mínima de inserción”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 141.

³⁵ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “Rentas de Inserción, Seguridad Social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 520; A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi,

«completar un sistema de pensiones originariamente incompleto»³⁶. El derecho a la Seguridad Social es un derecho de configuración legal –y el ordenamiento de Seguridad Social una «pura creación legislativa»³⁷-, y como tal, gozará de un contenido coyuntural, dependiendo fundamentalmente de las disponibilidades económicas de cada momento³⁸ –«no todo lo políticamente deseable es económicamente viable»³⁹-, aunque también del contexto socio-económico y político⁴⁰.

De este modo, el Sistema de Seguridad Social se expande a costa del ámbito de la Asistencia Social⁴¹. Aunque en la actualidad también la Asistencia Social puede participar de esos caracteres⁴², pues se ha superado la concepción tradicional⁴³, la Seguridad Social, casi de forma inherente, hace surgir derechos subjetivos que no pueden verse frustrados o condicionados a causa de limitaciones presupuestarias. Por ello, su crecimiento ha de ser progresivo, para hacerlo asumible financieramente. Esa paulatina extensión viene exigida por un imperativo constitucional que la «refuerza e impone»⁴⁴. Los sujetos incorporados al Sistema de Seguridad Social gozan de una protección, por lo general, más perfeccionada que la dispensada a los beneficiarios de la Asistencia Social: pese a que el Sistema avanza lentamente, lo hace con paso firme y un grado de consolidación que evita la incertidumbre que normalmente rodea a otras fórmulas públicas de protección de riesgos sociales⁴⁵.

Pamplona, 2001, pág. 15; J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pág. 120.

³⁶ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías*, RL, nº 8, 2003, pág. 9.

³⁷ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “Comentario al artículo 9”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, Pág. 172.

³⁸ Vid. T. SALA FRANCO, “La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 65.

³⁹ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, “El modelo social Europeo y los sistemas de protección social en los países de Latinoamérica y el Caribe”, en AA.VV., *El modelo social Europeo y los sistemas de protección social en los países de América Latina y el Caribe*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 59.

⁴⁰ Vid. G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, pág. 41.

⁴¹ Vid. G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, pág. 59.

⁴² Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “La reforma de la Seguridad Social”, en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *La legislación social en los albores del siglo XXI*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2002, pág. 83.

⁴³ Vid. L. HURTADO GONZÁLEZ, *Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales*, AL, nº 25, 1993, pp. 466 y ss.

⁴⁴ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 164.

⁴⁵ En contra, vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías*, RL, nº 8, 2003, pág. 13.

La Seguridad Social puede representarse como una figura tridimensional; la extensión del Sistema no se agota en la delimitación de las personas protegidas y de las contingencias cubiertas, sino que debe tenerse en cuenta un tercer factor de dimensión vertical: la intensidad de la acción protectora. El Sistema de Seguridad Social cubre en horizontal a unos determinados sujetos de unas contingencias típicas –cuyo catálogo es coyuntural-, y tras la actualización de una contingencia protege en vertical hasta el nivel legalmente señalado. Esas tres vertientes configuran y agotan el Sistema de Seguridad Social, a partir de cuyas fronteras puede actuar la Asistencia Social⁴⁶. A la postre, son prestaciones de Seguridad Social aquéllas que el legislador estatal establezca y que expresamente incluya en la acción protectora del Sistema⁴⁷.

No obstante, a los efectos del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social resulta irrelevante que los suplementos autonómicos a prestaciones del Sistema sean calificados como Seguridad Social o como Asistencia Social (o como Seguridad Social no básica, y por tanto asumible por las CCAA)⁴⁸. La naturaleza de esas ayudas tiene implicaciones variadas para el Sistema en materia de gestión, financiación y, fundamentalmente, de intensidad de la acción protectora, pero el ámbito subjetivo del Sistema permanece inalterado en cualquier caso, lo que exime de mayor profundidad en el análisis.

Junto a Seguridad Social, Asistencia Social y previsión social, desde hace una década se alude asimismo a «protección social», expresión sin una identidad propia o un contenido determinado, pero que no se refiere a otro instrumento público de remedio frente a la actualización de riesgos sociales, sino que se ha generalizado con la pretensión de encontrar una denominación que englobe las distintas fórmulas a través de las que los poderes públicos atienden las situaciones de necesidad, y principalmente la

⁴⁶ Es evidente que determinadas prestaciones de Seguridad Social, por su cuantía, pueden ser insuficientes para atender necesidades concretas, sobre todo teniendo en cuenta que el importe de la prestación no varía con independencia del lugar de residencia, y sin embargo los gastos, y con ello las necesidades, dependen de esa circunstancia; en contra, vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías*, RL, nº 8, 2003, pp. 12 y ss. En derecho comparado pueden encontrarse ejemplos en los que el lugar de residencia se convierte en un dato de relevancia. En Alemania, por acudir a un contexto socioeconómico con similitudes, se toma en consideración el lugar de residencia (antigua RFA o RDA) tanto a efectos de fijación de bases máximas de cotización (http://www.bmgs.bund.de/downloads/Pension_insurance-Rentenversicherung.pdf) como de cálculo de pensiones e incluso del campo de aplicación, ya que se declaran sujetos al aseguramiento obligatorio determinados trabajadores autónomos de la antigua República Democrática Alemana que en la parte occidental del país únicamente pueden acceder al seguro social de forma voluntaria; vid. http://www.bmgs.bund.de/download/eng/eng_pension.pdf.

⁴⁷ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, “Artículo 7”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*. Comares, Granada, 1999, pág. 143.

Seguridad Social⁴⁹ y la Asistencia Social⁵⁰. Una expresión, por tanto, omnicompreensiva, que en cierto modo elude los problemas competenciales con el objetivo de conseguir la mayor eficacia posible en la disminución o eliminación de las situaciones de necesidad.

A modo de ejemplo, las ayudas previstas en el art. 27 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, han sido creadas por una norma estatal, pero no se califican como Seguridad Social⁵¹, pese a que guardan un paralelismo evidente con algunas prestaciones del Sistema⁵². Si no son Seguridad Social y la Asistencia Social es una competencia autonómica, es dudosa la legitimación del Estado para instaurar y regular esas ayudas, máxime cuando se solapan claramente con las establecidas en algunas normas autonómicas⁵³. Pero no parece aconsejable privar al Estado, ni tampoco a otras Administraciones Públicas, de la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a la solución de problemas sociales de especial

⁴⁸ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 373 y ss.

⁴⁹ En el ámbito internacional la expresión «Seguridad Social» comprende en ciertos casos el seguro social y la asistencia social. Un ejemplo próximo, que no el único, se encuentra en Italia, donde *sicurezza sociale* engloba tanto la protección social profesional (*previdenza sociale*) como la asistencia social (*assistenza sociale*); vid. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pp. 22 y ss.; W. VAN GINNEKEN, «Superación de la exclusión social», en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 6 y 7.

⁵⁰ Vid. CES, *La protección social de las mujeres. Informe 4/2000*, CES, Madrid, 2000, pp. 8-10; E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución española», en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1492-1494; J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio*, Parlamento y Constitución, n° 4, 2000, pág. 55; L. HURTADO GONZÁLEZ, *Seguridad Social versus protección social*, AL, n° 13, 1995, pp. 202 y ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pp. 29 y ss.; M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La integración de los servicios sociales y la asistencia sanitaria en la Seguridad Social*, TL, n° 7, 1986, pp. 9 y ss.

⁵¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos sociales*, AS, n° 6, 2005, pp. 65 y ss.; C. GALA DURÁN, *Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, RL, n° 10, 2005, pp. 50-51; M.T. DÍAZ AZNARTE, *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, AL, n° 12, 2005, pág. 1383; C. BLASCO JOVER, *La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, RL, n° 21, 2005, pp. 102 y ss.; C. BLASCO RASERO, *La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: perspectiva social*, REDT, n° 128, 2005, pp. 523-524.

⁵² Especialmente con la renta activa de inserción. Conviene recordar que la misma norma que regula el programa de renta activa de inserción prevé esas ayudas para las víctimas de violencia de género. En efecto, el art. 7 RD 205/2005 dispone que las víctimas de violencia de género «que se hayan visto obligadas y acrediten cambio de su residencia en los doce meses anteriores a la solicitud de admisión al programa, o durante su permanencia en éste, podrán percibir en un pago único una ayuda suplementaria de tres meses de renta activa de inserción a partir del día siguiente a aquél en que se solicite, sin que ello minore la duración de dicha renta»; vid. E. MARTÍN PUEBLA, *Medidas laborales de protección contra la violencia de género*, Tribuna Social, n° 179, 2005, pág. 32.

⁵³ Vid. art. 19.c) Ley gallega 7/2004, de 16 de julio; art. 23 Ley cántabra 1/2004, de 12 de abril; art. 39 Ley canaria 16/2003, de 8 de abril; art. 18 Ley Foral Navarra 22/2002, de 2 de julio; art. 17 Ley de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo; art. 23 Ley cántabra 1/2004, de 1 de abril.

gravedad y trascendencia. En última instancia, el fin ha de justificar ciertas licencias de los poderes públicos, pues el reparto competencial no debe perjudicar el interés general, y los problemas competenciales deberían ceder, o la interpretación habría de flexibilizarse, ante la consecución de un interés superior; en ese sentido, el recurso a la «protección social» permitiría trasladar al ámbito interno un mecanismo análogo al principio de subsidiariedad recogido en el art. 5 TCE para la articulación de las competencias entre la UE y los Estados Miembros⁵⁴.

2- Un problema terminológico previo: la noción de «sujeto comprendido»

La delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social es un problema de fondo, pero su adecuada acotación requiere de ciertas precisiones semánticas, imprescindibles para identificar al destinatario de la protección. Partiendo de la inexcusable condición de persona física de quien pretenda acceder al Sistema de Seguridad Social, y que no requiere mayores precisiones, es claro que existe una disparidad terminológica a la hora de referirse a los sujetos que se encuentran en el campo de aplicación del Sistema, pues se utilizan de forma habitual, y prácticamente como sinónimos, las expresiones “afiliado”, “asegurado”, “beneficiario”, “cotizante”, “mutualista”, “sujeto comprendido (o incluido)”, “sujeto protegido” o “trabajador”. Cada una de ellas hace referencia a una situación diferente, y en función del contexto pueden constituir la forma más precisa de aludir a una concreta realidad⁵⁵.

En lo relativo al ámbito personal del Sistema de Seguridad Social la mayor parte de esas expresiones pecan por defecto, pues olvidan colectivos que son merecedores de protección, o por exceso, al incluir a personas que en ningún caso forman parte del campo de aplicación. Ejemplo evidente es, sin duda, la alusión a «afiliados». La afiliación supone la constatación de la entrada en la órbita del Sistema por vez primera (art. 24.2 RD 84/1996). El carácter vitalicio de la afiliación conlleva, al menos desde una perspectiva meramente formal, que el afiliado pueda ser considerado, a lo largo de toda su vida, como integrante del ámbito subjetivo del Sistema, por su vinculación

⁵⁴ Precisamente para intentar conciliar todas esas vertientes, estas ayudas a las víctimas de violencia de género son «concedidas y abonadas en un pago único por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales», si bien el MTAS ha de rembolsar íntegramente ese gasto; vid. art. 8 RD 1452/2005, de 2 de diciembre.

⁵⁵ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 60-62.

«latente» con el mismo⁵⁶. La afiliación, empero, no es suficiente para poner en movimiento los mecanismos protectores de la Seguridad Social; ello requiere una vinculación más intensa, que se concreta de ordinario en el ejercicio real, efectivo y actual de una actividad protegida⁵⁷.

Asimismo, la afiliación, entendida como acto formal mediante el que se constituye la relación jurídica de Seguridad Social, no es *conditio sine qua non* para beneficiarse de la acción protectora, pues en defecto de acto formal el ejercicio de una actividad profesional permite considerar al trabajador en situación material de afiliación y alta, mecanismo que se ha dado en llamar alta presunta o de pleno derecho (art. 125.3 LGSS). Se admite en consecuencia la posibilidad de causar prestaciones por contingencia profesional y desempleo, así como la asistencia sanitaria por contingencia común, cuando la relación jurídica no se ha constituido por defecto imputable al empresario⁵⁸.

Las prestaciones no contributivas tampoco requieren la previa afiliación, pues los actos de encuadramiento se conectan con el ejercicio de actividades profesionales⁵⁹. Es evidente que la inclusión en el Sistema de Seguridad Social no viene supeditada a la previa afiliación, y que ésta, una vez materializada, no garantiza la efectiva permanencia en el Sistema⁶⁰; si algún acto de encuadramiento ha de reputarse verdaderamente

⁵⁶ Cfr. A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, "Campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 58.

⁵⁷ Es cierto que se puede acceder a algunas prestaciones desde la situación de no alta, como la jubilación (art. 161.5 LGSS), la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez (art. 138.3 LGSS) o las prestaciones por muerte y supervivencia (arts. 174 y ss.), pero son excepciones que no desvirtúan la regla general, y que se relacionan con la intensidad de la acción protectora y no con la extensión del campo de aplicación.

⁵⁸ Estas tres instituciones no son exclusivas del ordenamiento español, aunque la nomenclatura puede llevar a equívocos. En Francia, por ejemplo, se distingue entre *assujettissement*, *immatriculation* y *affiliation*. La *affiliation* francesa presenta muchos más paralelismos con el alta española, aunque no se refiere a la inclusión en un régimen, sino a la vinculación con una de las entidades gestoras (*caisses*). La *immatriculation* equivale a grandes rasgos a la afiliación, mientras que *l'assujettissement* identifica al sujeto comprendido en el campo de aplicación, haya o no cumplido las obligaciones formales. Finalmente, «*ressortissant*» designa al sujeto incluido en un determinado régimen de Seguridad Social (v.gr. *ressortissant du régime général*); vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 477 y ss.; J. JULLIOT, *La Sécurité Sociale*, La Villeguerin Editions, París, 1988, pág. 98; T. TAURAN, *Droit de la Sécurité Sociale*, PUG, Grenoble, 2000, pág. 35; AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pág. 10; AA.VV., *Sécurité Sociale. Guide pratique*, Questions de Sécurité Sociale, Champigny sur Marne, 1996, pp. 287 y ss.

⁵⁹ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en al Seguridad Social, Teoría y práctica (I)*, AL, Tomo I, 2004, pp. 400 y ss.

⁶⁰ Al menos en el Sistema español; repárese que en Venezuela, por ejemplo, el art. 6 de la Ley Orgánica de Seguridad Social Integral, de 13 de diciembre de 2001, considera «protegidos por el Sistema» a «los

relevante –que no definitivo ni definitorio- en la determinación del ámbito subjetivo del Sistema, éste no sería la afiliación, sino el alta, ligada al ejercicio actual de una actividad profesional y conectada con la afiliación en un primer momento, pero que discurre por una senda diferente con posterioridad.

La expresión «beneficiario» también es imprecisa, si se entiende por tal la persona que está recibiendo la protección del Sistema en un momento dado, pues peca tanto por exceso como por defecto: ni todos los incluidos en el ámbito subjetivo del Sistema son beneficiarios (aunque potencialmente pueden causar prestaciones, con carácter general no las perciben de modo permanente, y podrían no disfrutar de la acción protectora en ningún momento), ni todos los beneficiarios forman parte del campo de aplicación del Sistema, ya sea por no realizar una actividad protegida (jubilados), ya sea por recibir la acción protectora en virtud de una actividad ajena y no propia⁶¹ (familiares que no desarrollen una actividad profesional)⁶².

Inadecuada resulta la identificación del sujeto incluido en el campo de aplicación con el “cotizante”. Con esta expresión se designa a quien está obligado a contribuir al sostenimiento del Sistema en virtud de la realización de una de las actividades que dan lugar a la inclusión en la modalidad contributiva, obligación que nace desde el mismo comienzo de la prestación del trabajo y que se mantiene durante todo el período en el que se desarrolle la actividad, a tenor del art. 106 LGSS. Es obvio que subyace aquí una visión netamente contributiva, y, por consiguiente, incompleta, al prescindir de la dimensión asistencial. No se puede olvidar que una de las fuentes de financiación del Sistema, cada vez con mayor peso, es la vía impositiva –dirigida exclusivamente a cubrir los gastos generados por las prestaciones no contributivas y los complementos por mínimos tras la separación de fuentes de financiación operada por el Pacto de Toledo (art. 86.2 LGSS)-, y, por tanto, que todos los ciudadanos, aun sin merecer técnicamente el calificativo de «cotizantes», participan en el sostenimiento de las cargas

habitantes de la República que cumplan con el requisito de afiliación», porque «la protección social que garantiza el Sistema requiere de la afiliación del interesado y el registro de sus beneficiarios calificados».

⁶¹ Para superar esas deficiencias se ha propuesto distinguir entre «beneficiarios activos» (trabajadores), «beneficiarios pasivos» (perceptores de prestaciones) y «beneficiarios familiares» de unos u otros; vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2005, pp. 27 y ss.

⁶² La diferencia francesa entre *assurés sociaux* y *ayants droit*. «*Les premiers relèvent de la Sécurité Sociale en raison de leur activité professionnelle (ils y cotisent) alors que les seconds ont droit aux prestations en raison des liens qui les relient aux assurés sociaux*». También se utiliza la expresión *bénéficiaires*, que designa a quienes perciben prestaciones del Sistema, sean *assurés sociaux* o *ayants droit*; cfr. T. TAURAN, *Droit de la Sécurité Sociale*, PUG, Grenoble, 2000, pág. 35.

del Sistema y son, si no cotizantes, sí al menos contribuyentes, con un derecho potencial a las prestaciones no contributivas en su condición de personas.

Pero incluso obviando ese detalle, lo cierto es que no todos los que reciben protección del Sistema en su modalidad contributiva son cotizantes. Algunos no tienen obligación de serlo, como los familiares, mientras que otros, aun mediando la obligación, no efectúan periódicamente las requeridas cotizaciones, y aún así gozan de protección frente a determinadas contingencias (sin perjuicio de la responsabilidad – normalmente empresarial- que se pudiera derivar por esos descubiertos). También se prevén situaciones de inclusión en el Sistema –en alta o situación asimilada- sin cotización: Debe recordarse que no todo el que cotiza está, ni siquiera puede estar en ciertos casos, en el campo de aplicación del Sistema, pues los sujetos obligados a cotizar son, respecto del trabajo por cuenta ajena⁶³, tanto los trabajadores como los empresarios (art. 103 LGSS), y es claro que éstos –y con mayor motivo las entidades gestoras cuando han de asumir esa obligación- no son sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo del Sistema en su calidad de empleadores a pesar de constituirse en «cotizantes cualificados» -la porción de cuota que soportan es mayor que la del trabajador-; a la postre, la cotización que efectúan, aunque obligada, es indirecta, corresponde a la prestación de servicios de un tercero y no a una actividad propia.

Por su parte, la expresión “mutualista” piensa en una realidad diferente, que entronca con la añeja previsión social, pero que difícilmente tiene encaje en el Sistema de Seguridad Social actual, que se asienta sobre bases diferentes a las de las mutualidades y montepíos. No es éste el lugar para establecer una línea divisoria nítida entre ambos instrumentos protectores, pero baste recordar las siempre difíciles relaciones entre el mutualismo y el sistema organizado y gestionado por el Estado, con tensiones históricas evidentes. En puridad, la expresión mutualista, referida a quien está incluido en el Sistema de Seguridad Social, únicamente tiene sentido en relación con los funcionarios públicos; aunque deben proceder al alta en el Régimen Especial previsto para ellos, tal Régimen Especial no es más que la agrupación de tres mutualidades para tres colectivos diversos de funcionarios (los de la Administración del Estado, los de la

⁶³ La expresión podría resultar inadecuada en este contexto, pues engloba a ciertos colectivos que aun trabajando por cuenta ajena lo hacen de forma independiente (v.gr. profesionales liberales); pero a pesar de las deficiencias parece preferible a “trabajo asalariado”, mención que resultaría aún más restrictiva por excluir, además, supuestos de prestación obligatoria en los que se impone la inclusión en el Sistema y la correspondiente cotización; **IX.3.**

Administración de Justicia y los militares) y un régimen común para proteger a las «clases pasivas»⁶⁴.

Por supuesto, también resulta inadecuada la expresión “trabajador”, no ya porque quizá haya que matizar que es utilizada en sentido amplio, comprendiendo a los autónomos o a los asimilados a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, a los funcionarios públicos e incluso a quienes fueron trabajadores —en los casos en los que puedan operar los supuestos de asimilación al alta (art. 125 LGSS y art. 36 RD 84/1996)-, sino porque tras la introducción de las prestaciones no contributivas es evidente que la condición de trabajador, actual o pretérita, no es indispensable para causar prestaciones.

Un relevante sector doctrinal se ha decantado por la expresión “sujeto protegido”⁶⁵, de carácter omnicomprensivo, ya que acoge a «todo aquél que ostenta un derecho genérico, potencial o actual, a la protección de la Seguridad Social»⁶⁶. Hace tiempo se puso de manifiesto que tienen «el mismo derecho a la Seguridad Social que el trabajador en activo» los trabajadores «en situación de inactividad forzada» -por encontrarse en desempleo o IT- y quienes habiendo sido trabajadores han perdido tal consideración por abandonar con carácter definitivo, al menos presuntamente, la vida activa⁶⁷. Sin embargo, el concepto de «sujeto protegido» fuerza en cierta medida el ámbito subjetivo del Sistema⁶⁸; en efecto, mientras que los perceptores de prestaciones de Seguridad Social, en su concepto más estricto, no plantean demasiado conflicto interpretativo, pues por tal condición —excepto en caso de prestaciones en favor de familiares- están incluidos en el Sistema bien sea en situación de alta —desempleo parcial, incapacidad temporal y maternidad durante la vigencia del contrato y riesgo durante el embarazo-, bien sea en situación asimilada —desempleo total, incapacidad temporal y maternidad una vez concluido el contrato-, los pensionistas suscitan problemas diferentes.

⁶⁴ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2005, pp. 312 y ss.

⁶⁵ Vid. J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 128-130.

⁶⁶ Cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 63-64, 1981, pág. 21.

⁶⁷ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pág. 84.

⁶⁸ Las expresiones de «sujeto protegido» y «sujeto obligado» son «*espressioni del tutto generiche e, come tali, suscettibili di essere usate in maniera indiscriminata anche nei riguardi di altri soggetti, quali i destinatari delle forme assistenziali*»; cfr. G. CHIARRELLI, “*La sicurezza sociale*”, en L. RIVA SANSEVERINO y G. MAZZONI, *Nuevo trattato di Diritto del Lavoro*, Volumen III, Cedam, Pádova, 1971, pág. 30.

En este sentido, los pensionistas son sujetos causantes de algunas prestaciones incluidas en la acción protectora del Sistema, y la condición de sujeto causante es inescindible, por lo general, del ingreso en el campo de aplicación. Los ejemplos más significativos, sin duda, son las distintas prestaciones de muerte y supervivencia en caso de pensionistas de jubilación e incapacidad permanente⁶⁹; asimismo, los pensionistas generan para ellos y para sus beneficiarios el derecho a la asistencia sanitaria [art. 100.1.b) LGSS 1974], de forma análoga a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Sistema⁷⁰. A pesar de ello, los pensionistas no pueden ser considerados sujetos comprendidos en el campo de aplicación, sino que son beneficiarios con un derecho potencial a causar algunas prestaciones⁷¹. La asistencia sanitaria constituye un punto de apoyo débil para defender lo contrario; su extensión subjetiva no tiene parangón con la de ninguna otra prestación del Sistema de Seguridad Social, puesto que, en realidad, ha desbordado ya a la propia Seguridad Social para contar, en cierto sentido, con autonomía propia, derivada del art. 43 CE, en relación con los arts. 49 y 50 del propio texto constitucional, y no limitada meramente a lo que pueda deducirse del art. 41 CE⁷².

Además, la posibilidad de causar prestaciones por muerte y supervivencia (art. 172.1 LGSS y art. 2 Orden de 13 de febrero de 1967), argumento más sólido sin duda, se encuentra con el obstáculo de los propios principios conformadores del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. La profesionalidad que el art. 7 LGSS exige, y que las diversas normas configuradoras de los distintos regímenes del Sistema respaldan, es una profesionalidad actual y no pretérita. El abandono de la vida activa con carácter permanente supone la exclusión del Sistema de Seguridad Social, pero no la ruptura de cualquier nexo de unión con éste, pues la condición de beneficiario puede mantenerse, e incluso eventualmente originarse, sin que se haya constituido nunca una relación jurídica de Seguridad Social. Por consiguiente, los pensionistas no están comprendidos, por esa circunstancia, en el Sistema de Seguridad Social. En ambos

⁶⁹ Art. 172.1.c) LGSS.

⁷⁰ Art. 100.1.b) LGSS de 1974 y art. 2.1.b) Decreto 2766/1967.

⁷¹ Vid. B. SCHULIN, "Models and instruments of Social Security", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 174-175.

⁷² Vid. M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 19-21; A. MONTOYA MELGAR, *Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)*, AS, nº 5, 2004, pág. 66; M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *La ordenación sanitaria en España*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 96 y ss.; J. VIDA FERNÁNDEZ, *El paso definitivo de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud*, AL, nº 2, 2005, pp. 158 y ss.

casos –asistencia sanitaria y prestaciones por muerte y supervivencia- se plantean cuestiones relacionadas con la intensidad de la acción protectora y no con la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema; de ahí la ausencia de los pensionistas, y de los beneficiarios en general, del art. 7 LGSS⁷³. Se trata, en suma, de requisitos de acceso a prestaciones, que en ocasiones toman en consideración no sólo a quienes efectivamente están comprendidos en el Sistema, sino también a quienes lo han estado, por evidentes razones de justicia material y de efectividad de la protección⁷⁴.

En diferente situación a los pensionistas, y a los perceptores de prestaciones periódicas, se encuentran los beneficiarios de prestaciones de pago único, bien por haber optado por esa posibilidad (desempleo⁷⁵, IP total⁷⁶), bien por consistir la prestación, precisamente, en una cantidad a tanto alzado (IP parcial⁷⁷, lesiones permanentes no invalidantes⁷⁸). En estos supuestos la inclusión en el Sistema no obedece a la condición de beneficiario, sino al desempeño de la actividad que justifica la sustitución de la prestación periódica por una cantidad a tanto alzado, o, cuando la prestación ya viene así configurada (lesiones permanentes no invalidantes, IP parcial), a la continuación del trabajo que se está desarrollando. En consecuencia, el perceptor de una prestación de pago único no está comprendido *per se* en el Sistema, y le es exigible el ejercicio de una actividad profesional⁷⁹.

Más evidente es la exclusión del Sistema de los familiares, en su condición de tales. Ni siquiera son sujetos causantes de prestaciones, sino que la acción protectora se dispensa por irradiación, por su estrecho vínculo con quien sí forma –o formaba- parte

⁷³ Más compleja resulta esta disociación en otros ordenamientos. En Perú, la Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), de 29 de enero de 1999, concede tanto prestaciones en especie como subsidios de incapacidad temporal, maternidad, lactancia (no depende del cese en el trabajo como la maternidad) y sepelio (art. 3). Por ello, en su ámbito de aplicación se encuentran los trabajadores – dependientes e independientes-, los pensionistas e incluso «las personas dedicadas exclusivamente a las tareas de su hogar» (art. 4), aunque no todos los comprendidos en el ámbito subjetivo tienen derecho al catálogo completo de prestaciones. Las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad están ligadas al lucro cesante por la pérdida de ingresos derivados del trabajo, mientras que las prestaciones de lactancia y sepelio sí pueden ser generadas por inactivos a tenor de los arts. 10 y ss. Decreto Supremo nº 009-97-SA, de 8 de septiembre de 1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

⁷⁴ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 84.

⁷⁵ Vid. DT 4ª Ley 45/2002 y RD 1044/1985.

⁷⁶ Art. 5 Orden 31 de julio de 1972.

⁷⁷ Art. 9 Decreto 1646/1972.

⁷⁸ Art. 150 LGSS y Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril.

⁷⁹ En algún caso los tribunales han adoptado interpretaciones más generosas, y han considerado incluido en el Sistema, en situación asimilada a la de alta, a quien debiendo iniciar una actividad por haber percibido una prestación de pago único no ha podido comenzarla por causas ajenas a su voluntad; vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 4-2-1999 (Ar. 5455). En sentido contrario, STSJ de Galicia de 27-10-1994 (AS 3923).

del Sistema. De este modo, el derecho de los familiares a obtener determinadas prestaciones, de asistencia sanitaria y de muerte y supervivencia fundamentalmente, es manifestación de la extensión o intensidad de la acción protectora –porque los familiares son «beneficiarios de una tutela indirecta o de segundo grado»⁸⁰-, y no una cuestión de campo de aplicación del Sistema⁸¹.

Por consiguiente, resulta más adecuada la expresión «sujetos incluidos –o comprendidos- en el campo de aplicación»⁸². En efecto, si el propósito consistiese en determinar quien puede percibir prestaciones no habría razón para excluir a familiares y pensionistas. Pero el concepto que aquí se maneja es más estricto, y coincidente con el legal, manifestado por la propia LGSS en sus arts. 7 y 8, y reiterado, en lo esencial, en la normativa reguladora de los diferentes regímenes especiales. El campo de aplicación del Sistema atiende, en su modalidad contributiva, a la profesionalidad actual; desde esta perspectiva, al Sistema se accede por el ejercicio de una actividad profesional, se permanece en tanto se cumplan los requisitos, y se abandona cuando no concurren, sin perjuicio de que la incorporación (o reincorporación en su caso) pueda tener lugar tantas veces como sea menester. La inclusión en el campo de aplicación es condición para generar la acción protectora, y no a la inversa.

En última instancia, el sujeto comprendido podría ser calificado como “asegurado”. Aunque cuenta con gran tradición⁸³, constituye en principio una referencia equívoca e inadecuada, porque parece remitir bien al seguro privado, bien a los seguros

⁸⁰ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentario a la ponencia de M.R. Alarcón sobre «Los principios jurídicos de la Seguridad Social””, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 38.

⁸¹ No son sujetos causantes de prestaciones por muerte y supervivencia los perceptores de prestaciones o pensiones no contributivas, salvo casos muy particulares en los que los Tribunales han decidido calificar como situación asimilada al alta la percepción de una pensión no contributiva -a pesar de la limitación expresa del art. 172 LGSS a las pensiones contributivas- cuando «la enfermedad surgida con anterioridad a la baja en la Seguridad Social determina la situación de invalidez con prestación no contributiva, pues, en tales casos, es precisamente la invalidez la que determina no sólo la baja en la Seguridad Social, sino también la imposibilidad genérica para el trabajo»; cfr. STS de 26-10-1998 (Ar. 9304). No cabrá asimilación al alta cuando no conste la enfermedad o dolencia padecidas, la reducción que provocan en la capacidad para trabajar ni la causa de la muerte; vid SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 15-11-1999 (AS 4826), de Asturias de 15-9-2000 (JUR 300282), de la Comunidad Valenciana de 4-12-2001 (AS 3262/2002), de Cataluña de 11-6 y 25-9-2002 (AS 1932 y AS 3079) y de Andalucía/Granada de 3-2-2004 (JUR 117205). Parecen entender que la asimilación al alta se produce por la simple condición de beneficiario de prestaciones por invalidez no contributiva las SSTSJ de Cantabria de 18-12-2002 (JUR 127108/2003) y de Canarias/Las Palmas de 22-12-2003 (JUR 78794/2004).

⁸² Sustancialmente equivalente a «capacidad de afiliación», expresión acuñada por J.M. ORDEIG FOS, *El sistema español de Seguridad Social*, Tercera Edición, EDESA, Madrid, 1988, pág. 77.

⁸³ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 6 y ss.

sociales; quizá por ello la Ley de Bases prefirió eludir esa expresión⁸⁴. No obstante, una acepción amplia permite salvar las dificultades y explica la pervivencia del término en algunos preceptos legales, como la DA 5ª LGSS. La jurisprudencia alude frecuentemente a la «relación de aseguramiento»⁸⁵ y los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de Seguridad Social designan como destinatario principal de sus beneficios a la «persona asegurada» en los correspondientes instrumentos de protección social de los Estados Miembros⁸⁶. Desde un prisma contributivo, la Seguridad Social presenta innegables lazos de unión con el seguro privado, paralelismos lógicos en algunos aspectos. En materia de contingencias profesionales se ha preferido la capitalización al reparto cuando intervienen entidades colaboradoras, incluso con obligación de reaseguro⁸⁷, y la cotización se realiza con sujeción a primas⁸⁸. En consecuencia, el sujeto comprendido en el Sistema de Seguridad Social sería, en cierto modo, un «asegurado» frente a las contingencias que pudieran actualizarse.

Las prestaciones no contributivas requieren un cambio de perspectiva, porque en ellas la condición de beneficiario y la de sujeto comprendido en el Sistema resultan inescindibles. La incorporación al Sistema se produce precisamente con el reconocimiento de la prestación o pensión correspondiente, que supone asimismo la condición de beneficiario. Quizás podría entenderse que todo residente está incluido en el Sistema para estas prestaciones, pues cuenta con un derecho potencial a las mismas a la espera únicamente del cumplimiento de los requisitos correspondientes; y es una conclusión que cabe extraer de los arts. 7 LGSS y 14 LOE. Tal interpretación resulta demasiado generosa, y no concilia bien con la dinámica de protección del Sistema de Seguridad Social, que se sustenta en hechos y situaciones concretas, tangibles, en posibilidades reales y no en hipótesis más o menos plausibles.

La modalidad contributiva se delimita a partir de la nota de profesionalidad, que da lugar a una serie de actos de encuadramiento necesarios para una eficaz gestión. Evidentemente, no todos los sujetos comprendidos en el Sistema alcanzarán la condición de beneficiarios de prestaciones, y es posible que nunca se conviertan en

⁸⁴ A favor de la utilización de la expresión «asegurado», vid. J. EUGENIO BLANCO, *Identificación terminológica y características del sujeto protegido en la Ley de Bases de Seguridad Social*, RJSS, nº 2, 1964, pp. 199 y ss.

⁸⁵ Por todas, vid. STS de 20-1-2003 (Ar. 1332/2004).

⁸⁶ Art. 1 tanto del Reglamento 1408/71 como del Reglamento 883/2004.

⁸⁷ Art. 87 LGSS.

⁸⁸ Art. 108 LGSS y RD 2930/1979. Esas primas no pierden su carácter de cuota de Seguridad Social y, por ende, de prestación patrimonial de carácter público; vid. STC 39/1992, de 30 de marzo, entre muchas otras.

sujetos causantes; pero formalmente el ingreso se ha producido y genera una serie de obligaciones y, cuanto menos, expectativas de derechos. En cambio, en las prestaciones no contributivas resulta mucho más complejo identificar concretamente el colectivo de sujetos con derecho potencial. No son todas las personas, ni todos los españoles, ni todos los residentes, por más que el art. 7.3 LGSS afirme que «estarán comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional», y que el art. 14 LOE equipare a españoles y extranjeros a estos efectos.

El nivel no contributivo, si es que existe como tal nivel en el ordenamiento español, no es realmente universal, sino restringido a determinadas personas; y no todos los residentes cuentan con hijos a cargo menores de dieciocho años o incapacitados, ni todos ellos son mayores de sesenta y cinco años o tienen una incapacidad superior al 65 por 100, o acaban de ser padres, biológicos o por adopción, de dos o más niños o de su tercer hijo; y quienes se encuentran efectivamente en esas situaciones pueden percibir rentas superiores a los límites establecidos al efecto; y teniendo en cuenta que las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez constituyen un mecanismo de protección residual, puesto que no son compatibles con las previstas en la modalidad contributiva para las mismas contingencias, los sujetos con expectativas reales de causar derecho a una de esas prestaciones son en realidad quienes efectivamente se encuentran en situación y posibilidad de efectuar con éxito la solicitud.

Podría estimarse que todo aquél que reúne los requisitos para tener derecho a una prestación no contributiva está incluido en el Sistema, y que accederá a la condición de beneficiario previa solicitud y posterior reconocimiento del derecho⁸⁹. La separación de esos dos planos resulta hasta cierto punto artificial, porque la ausencia de solicitud, y en definitiva de reconocimiento de la prestación, implica la completa exclusión del Sistema, sin que existan mecanismos para paliar esa omisión, como el alta de pleno derecho y el principio de automaticidad de las prestaciones en la modalidad contributiva. De este modo, el derecho potencial en las prestaciones no contributivas carece de trascendencia real hasta que se plasma en el reconocimiento efectivo del derecho; en estas prestaciones no cabe distinguir dos fases diferentes, incorporación al campo de aplicación primero y, en su caso, dispensación de la acción protectora ante la

⁸⁹ Estadísticamente está demostrado que un porcentaje relativamente elevado de personas que cumplen los requisitos de acceso a prestaciones de Seguridad Social no las solicitan; vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 63-65.

actualización de una contingencia protegida, sino que esas dos circunstancias se producen en unidad de acto.

Prescindiendo de que la inclusión en el Sistema se haya podido producir con anterioridad, o de que se mantenga una incorporación anterior –situación asimilada al alta, por ejemplo-, o incluso de que sea posible el ingreso en la modalidad contributiva por el ejercicio de una actividad protegida⁹⁰, el beneficiario de una prestación no contributiva es sujeto comprendido en el Sistema. La inclusión en el Sistema se materializa desde el momento de la concesión de la prestación y subsiste en tanto se mantenga el derecho a percibirla.

Finalmente, conviene efectuar una breve mención a las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, reguladas en el RD 1576/1990, de 7 diciembre⁹¹. En estas pensiones no se produce tampoco una correspondencia absoluta entre el campo de aplicación y la acción protectora del Sistema, porque la condición de sujeto comprendido no es imprescindible para causar derecho a pensión. El art. 1 RD 1576/1990 concede el derecho a pensión a las víctimas de un acto terrorista que estén afiliadas al Sistema «se encuentren o no en situación de alta». Por consiguiente, se exige el ejercicio, en algún momento, de una actividad protegida –es suficiente la inclusión en el Régimen Especial de Estudiantes-, pero no el desarrollo actual y efectivo de una profesión en el momento del daño.

Esta posibilidad de ser sujeto causante sin estar comprendido en el campo de aplicación es coherente con la naturaleza y finalidad de estas pensiones, impregnadas de un nítido componente resarcitorio. Las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo no cubren un riesgo provocado por una enfermedad común o profesional, sin perjuicio de que el daño puede eventualmente merecer la consideración de accidente de trabajo, sino un riesgo social en un sentido más amplio del que protege la Seguridad Social. El Estado, de manera mediata o inmediata, es origen y destino de la amenaza terrorista, y además le incumbe la obligación de garantizar la seguridad de quienes se encuentren en su territorio, por lo que ante la producción de un resultado lesivo debe compensar al perjudicado; el hecho de que esa compensación adopte la forma de pensión de Seguridad Social, de indemnización civil o de ayudas de otra naturaleza, es una mera decisión política⁹².

⁹⁰ Art. 147 LGSS.

⁹¹ Vid. RD 851/1992, de 10 julio, respecto de los incluidos en Clases Pasivas.

⁹² Vid. Ley 32/1999, de 8 octubre, y RD 288/2003, de 7 marzo.

3- Los pilares del campo de aplicación: profesionalidad, territorialidad, nacionalidad y estado de necesidad

Los mecanismos de protección social construyen su ámbito subjetivo conforme a una serie de criterios, diferentes en función de las necesidades y los objetivos. El Sistema español de Seguridad Social se ha caracterizado desde su mismo nacimiento por un marcado carácter contributivo, heredando esa característica de los seguros sociales. La acción protectora de la Seguridad Social no se dispensa a todos los individuos, sino que la posibilidad de causar prestaciones viene supeditada al cumplimiento de los requisitos pertinentes para el acceso, por un lado, a su campo de aplicación⁹³ y, por otro, a la prestación correspondiente⁹³.

El Sistema español de Seguridad Social tomó como referencia el modelo bismarckiano⁹⁴, y por ello el legislador ha concedido al criterio profesional un carácter omnicompreensivo, con el propósito de incluir en el Sistema a todo aquél que desarrolle una actividad profesional⁹⁵. En este sentido, la Ley de Bases de 1963 consagró la «universalidad profesional»⁹⁶ del campo de aplicación de la Seguridad Social⁹⁷, puesto que, junto al «sexo» y al «estado civil», mencionaba la «profesión» como elemento que no debe ser valorado a efectos de ingreso en el Sistema. En palabras de su Exposición de Motivos, el fin último consistía en «generalizar la protección a la población activa en su conjunto». Tanto la Ley de Bases como la vigente LGSS consideran irrelevante la «profesión», aunque advierten que únicamente podrán acceder al Sistema determinados

⁹³ Vid. P. TRENK-HINTERBERGER, "The range of persons covered by social security schemes", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 115 y ss. ; J.L. MONEREO PÉREZ, "Artículo 1", en J.L. MONEREO PÉREZ Y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 4.

⁹⁴ Con carácter general, el Sistema concede prestaciones únicamente ante la actualización de una contingencia que repercuta en la capacidad para el trabajo, las cotizaciones son la principal fuente de financiación y el criterio de proporcionalidad entre rentas, cotizaciones y prestaciones es determinante; vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "Comentario al artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 143-144.

⁹⁵ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Los principios jurídicos de la Seguridad Social", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 21.

⁹⁶ «Universal coverage of the labor force was a major objective for the architects of social security»; cfr. W.A. ACHENBAUM, *Social Security. Visions and revisions*, Cambridge University Press, Nueva York, 1986, pág. 143.

⁹⁷ «Aceptada la configuración profesional del sistema español, el grado de extensión del campo de aplicación merece, en principio, una consideración positiva»; cfr. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pág. 58.

trabajadores (asalariados y asimilados, autónomos, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o funcionarios públicos, civiles y militares).

La LGSS, por consiguiente, distingue entre «profesión» y «actividad»: mientras la «profesión» es irrelevante, el desempeño de una «actividad» de las allí enumeradas es determinante a efectos de inclusión. De este modo, el art. 7 LGSS utiliza un concepto estricto de «profesión», que se identifica con «empleo» u «oficio». El Sistema de Seguridad Social exige el alta y/o la afiliación con independencia del sector en que se presten los servicios y de la clasificación profesional del trabajador; la concreción de las «actividades» que dan lugar a la inclusión en la modalidad contributiva del Sistema constituye propiamente la consagración del criterio profesional.

Entre las actividades que permiten y exigen el acceso al Sistema destaca el trabajo asalariado. El art. 7 LGSS declara incluidos a los «trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 ET en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral». De este modo, la LGSS no ofrece un concepto de trabajador asalariado, limitándose a efectuar una remisión al derecho laboral.

Aunque los trabajadores asalariados constituyen los destinatarios originarios, y aún hoy principales, del Sistema de Seguridad Social, es claro que el campo de aplicación de éste ha desbordado al trabajo asalariado para comprender también a los «trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente» [art. 7.1.b) LGSS]. La inclusión de los autónomos en los mecanismos obligatorios de previsión social se produjo a comienzos de los años sesenta del siglo XX a través de mutualidades específicas⁹⁸, y su incorporación al Sistema es hoy incuestionable; problema diverso es el del alcance de la acción protectora que se les dispensa, tradicionalmente inferior a la del Régimen General, aunque en los últimos tiempos se han producido significativas mejoras, producto del creciente interés del poder público por el fomento del autoempleo.

⁹⁸ Vid. J. EUGENIO BLANCO, *La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España*, RPS, nº 59, 1963, pp. 39 y ss.

El art. 7 LGSS no puede, tampoco lo pretende, establecer un catálogo exhaustivo de actividades susceptibles de merecer la tutela del Sistema. Las cada vez más frecuentes zonas grises entre el trabajo asalariado y el autónomo generan problemas de encuadramiento, aunque en todo caso esas actividades se encuentran protegidas por el Sistema. Sin embargo, las peculiaridades inherentes a determinadas tareas provocan dificultades insuperables de catalogación ante la imposibilidad de explicarlas a partir de los estrictos contornos de las categorías jurídicas. Por ello, como se verá⁹⁹, el legislador ha ofrecido un vehículo de «profesionalización» de determinadas actividades, unas que podrían considerarse en sí mismas como profesionales, pero no como trabajo asalariado o autónomo en su acepción técnica, y otras de las que ni siquiera puede predicarse la profesionalidad. La asimilación cuenta con la suficiente flexibilidad como para permitir la inclusión en el Sistema de cualquier actividad que a juicio del legislador -o en su caso del Ejecutivo- lo merezca; y el art. 7 lo ejemplifica, al aludir respectivamente a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y a los estudiantes.

Por su parte, los funcionarios públicos, civiles y militares presentan una problemática singular. La función pública ha contado tradicionalmente con unos mecanismos de previsión social exclusivos, no coincidentes con los que amparaban a trabajadores asalariados o autónomos, pues su protección social, preexistente al Sistema de Seguridad Social, ha discurrido por sendas diferentes a las del resto de personas que desarrollan una actividad profesional. Los rasgos particulares de la función pública perviven hasta el momento actual, y, a pesar de que los funcionarios desempeñan materialmente una labor en la que concurren todas las notas del trabajo asalariado, por razones de variada índole -históricas, ideológicas, mantenimiento del *statu quo*- subsisten barreras que obstaculizan su equiparación con los trabajadores asalariados, tanto en el régimen jurídico de su actividad, como en los mecanismos de protección contra riesgos sociales. Así se justifica una mención específica en el art. 7.1 LGSS, conveniente e incluso necesaria en la actualidad, pues este colectivo no encaja en el concepto de trabajador asalariado ni asimilado del apartado a) del art. 7.1 LGSS, y de todo punto imprescindible en el origen del Sistema -Base Segunda de la Ley de Bases de 1963-, debido a que hasta ese momento la previsión social de los funcionarios públicos se articulaba a través de instituciones ajenas e independientes a los seguros sociales y al Mutualismo Laboral.

⁹⁹ VII.2.

En consecuencia, no todos los profesionales estarán incluidos en el campo de aplicación del Sistema, en su modalidad contributiva claro está, sino que es menester que se ejerza una de las antedichas actividades. Todas ellas, incluida la estudiantil, integran el concepto de «actividad profesional» del que se sirve el Sistema de Seguridad Social para delimitar su extensión personal; de este modo, quien desempeñe cualquier otra actividad que expresamente no haya sido objeto de asimilación permanecerá fuera de la órbita protectora de la modalidad contributiva.

Por otro lado, la territorialidad se ha erigido, casi de forma inherente, en el segundo de los pilares básicos para la conformación de un sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea el modelo. La territorialidad puede predicarse bien de la residencia bien de la actividad desarrollada. La residencia es considerada, en principio, como requisito imprescindible para el ingreso en el campo de aplicación del Sistema por el art. 7.1 LGSS. La exigencia de «residencia» no viene adjetivada, pues no se especifica que deba ser habitual o legal¹⁰⁰. En realidad, la residencia en unos casos habrá de ser habitual, pues se convertirá en indispensable para causar la prestación (caso de las no contributivas por ejemplo), y siempre tendrá que ser legal, si bien la acreditación formal de la licitud sólo se exige a determinados extranjeros. El requisito de residencia, sin embargo, tendrá un diferente alcance en función de la rama de Seguridad Social, ya que las excepciones -que se prevén-, afectan en mayor medida a la modalidad contributiva que a las prestaciones no contributivas.

La incuestionable relevancia de la residencia como criterio de inclusión en el Sistema supone, como regla general, que el abandono voluntario del territorio nacional conllevará de ordinario la exclusión del Sistema, a salvo de circunstancias tasadas en las que se permita mantener el alta o la situación asimilada. Los desplazamientos temporales transnacionales constituyen el ejemplo más evidente. Desde un punto de vista teórico, el desplazamiento rompe el vínculo con el sistema de Seguridad Social del Estado de origen, en el que no se prestarán servicios ni se residirá. Sin embargo, subsiste un vínculo latente, pues el trabajador no sólo ha residido y trabajado en el Estado de origen, en el que normalmente habrá sido contratado y del que de ordinario será nacional, sino que incluso está previsto que retorne concluida la misión encomendada. Tanto desde la perspectiva internacional como interna se han arbitrado

¹⁰⁰ Sin embargo, la aplicación de las normas de coordinación comunitarias se supedita a la residencia habitual, pues como advierte el art. 1 j) Reglamento 883/2004, se entiende por residencia el lugar en que una persona reside habitualmente.

una serie de mecanismos para posibilitar que, al menos durante cierto tiempo, el desplazado pueda permanecer vinculado al sistema de Seguridad Social del Estado de origen.

El trabajo transfronterizo, situación en la que un trabajador presta servicios en un Estado distinto a aquél en el que reside, genera sus propias dificultades. La disociación de esos elementos en principio intensamente vinculados –residencia y trabajo- exige la preferencia por uno de ellos. Cuestiones igualmente problemáticas presentan otros supuestos, como la condición de funcionario al servicio de la Administración Pública en el extranjero y el trabajo en embajadas o establecimientos consulares. Asimismo, y como excepción al criterio territorial, se prevén ciertas prestaciones, de naturaleza nítidamente asistencial, destinadas precisamente a españoles en el extranjero¹⁰¹.

La profesionalidad y la territorialidad son los dos criterios más importantes en la configuración del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, pero la nacionalidad puede convertirse en un obstáculo para el ingreso. Los extranjeros no eran contemplados formalmente por las primeras normas de previsión social, a buen seguro porque cuantitativamente no constituían un grupo relevante, y por ello el poder público no se planteaba la necesidad de ofrecer soluciones particulares a problemas en la práctica inexistentes. Sin embargo, la generalización de las migraciones -en combinación con las crisis económicas- propició un considerable incremento del número de inmigrantes que derivó en restricciones de variada índole, principalmente para el acceso y permanencia en el Estado, pero con implicaciones notables, en forma de trabas, para el desempeño de una actividad profesional y para el disfrute de los beneficios de la previsión social.

A estos efectos, se condicionaba la dispensación de la acción protectora a la acreditación de reciprocidad, esto es, se reconocía al extranjero el derecho a recibir el mismo trato en España que el concedido a los trabajadores españoles en su país de origen. La reciprocidad fue suprimida en la última década del siglo XX a favor de una igualdad de trato en y ante la ley española, lo que supuso el definitivo reconocimiento a todos los extranjeros –los ciudadanos comunitarios habían logrado la equiparación anteriormente- del derecho a la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

Al margen de consideraciones ideológicas, ni siquiera aspectos económicos podrían justificar la exclusión de los extranjeros del Sistema de Seguridad Social, ya

que en un sistema universalista contribuyen a la financiación mediante el pago de impuestos, y en un modelo contributivo deben cotizar por el ejercicio de una actividad profesional. Es más, en un sistema mixto como el español contribuyen mediante ambas vías. Desde este punto de vista, la inmigración, en los términos legalmente previstos, coadyuva a la buena salud financiera del Sistema, pues el aumento de cotizantes, aunque conlleva la elevación del potencial número de perceptores de prestaciones, dispersa el riesgo y disminuye la posibilidad de déficit, como demuestra matemáticamente la “ley del azar” o “ley de los grandes números”¹⁰². De ahí que su acceso al Sistema, en cualquiera de sus dos modalidades, niveles o clases de prestaciones, deba estar garantizado, y que la nacionalidad, con un peso histórico innegable, haya perdido relevancia. La nacionalidad, no obstante, repercute en la configuración del ámbito subjetivo del Sistema como consecuencia de una situación patológica, cual es el incumplimiento de las exigencias impuestas por la legislación de extranjería para residir y/o trabajar en España. La carencia de las correspondientes autorizaciones provoca la irregularidad de la residencia y/o trabajo del extranjero, con las consecuencias que de ello se extraen respecto del Sistema de Seguridad Social.

En su concepción más clásica, y también en su misma esencia, los sistemas de Seguridad Social, al igual que todos los mecanismos de protección social, se dirigen primariamente a los más desfavorecidos¹⁰³. Desde esa perspectiva, el estado de necesidad se convierte, o habría de convertirse, en un criterio esencial en la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social; más bien, incluso, en el requisito nuclear de acceso al Sistema y de dispensación de la acción protectora. Sin embargo, resulta evidente que la debilidad económica no ostenta la posición de primacía que naturalmente parece corresponderle en la conformación del campo de aplicación. Por el

¹⁰¹ VII.

¹⁰² La “ley de los grandes números” se considera el primer teorema fundamental de la teoría de la probabilidad, y afirma que la frecuencia relativa de los resultados de un cierto experimento aleatorio tiende a estabilizarse en cierto número, que es precisamente la probabilidad, cuando el experimento se realiza muchas veces. En otras palabras, «en un experimento aleatorio, la frecuencia relativa de un suceso se aproxima cada vez más a su probabilidad teórica a medida que aumenta el número de experiencias que se realizan»; cfr. http://descartes.cnice.mecd.es/3_eso/Azar_y_probabilidad/azar_probabilidad_2.htm.

¹⁰³ «*The case for social insurance is also grounded in a view of society that differs considerable form the agglomeration of atomized individuals, each maximizing his or her own utility, that forms the foundation of contemporary neoclassical microeconomics. In this broader context, the national product is seen more as a social product, which requires the efforts and cooperation of all who work. Market outcomes are not necessarily fair of just, nor should they determine one's fate, especially in times of hardship*»; cfr. D. BAKER y M. WEISBROT, *Social Security: the phony crisis*, University of Chicago, Chicago, 1999, pág. 14.

contrario, se configura como un requisito que opera en segundo plano, desplazado, casi completamente, por la profesionalidad y la territorialidad¹⁰⁴.

Los primeros seguros sociales, comenzando por el Retiro Obrero, únicamente permitían la afiliación de los trabajadores asalariados –criterio de profesionalidad- con rentas anuales inferiores a un determinado umbral (cuatro mil pesetas en 1919, aunque posteriormente ese límite fue aumentando). Quedaban excluidos, por consiguiente, los trabajadores con rentas superiores, que a juicio del legislador estaban en disposición de hacer frente por sí mismos a las contingencias que se pudieran manifestar. No se protegía el estado de necesidad coyuntural, sino a los trabajadores que se encontrasen en un estado de necesidad prácticamente endémico, y sólo de determinados riesgos –tantos como seguros sociales se estableciesen-, que se entendía que cualificaban la debilidad económica hasta el punto de justificar la intervención de la solidaridad colectiva.

El mutualismo laboral primero, y la Ley de Bases después, hicieron desaparecer el umbral de ingresos; se admitía así que todos los trabajadores en los que se actualizase una contingencia protegida podían sufrir una situación de necesidad –presunción *iuris et de iure*-, con independencia de los ingresos que habitualmente se deriven del ejercicio su actividad. A partir de entonces la debilidad económica perdió la significación que tenía en su origen, su función, porque el Sistema ha preferido proteger situaciones de necesidad, expresión de contornos más amplios que incluye el mero defecto de ingresos o el aumento de gastos. La debilidad económica se ha convertido en un requisito –uno entre varios- bien de acceso a prestaciones, bien de conservación de las mismas, o bien, incluso, de determinación de su cuantía.

El estado de necesidad, sin embargo, mantiene un último reducto en la configuración del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, pues es la principal exigencia, junto con la residencia en España, para causar las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, la prestación por hijo a cargo y la prestación por nacimiento y adopción de tercer y sucesivos hijos¹⁰⁵. La debilidad económica que se contempla no es idéntica en todos esos supuestos, en tanto que las pensiones de jubilación e invalidez cuentan con su propia, y coincidente, delimitación de la debilidad

¹⁰⁴ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *La superación de los límites subjetivos de la Seguridad Social: las garantías de protección social de los no asegurables*, Información Comercial Española, nº 630-631, 1986, pp. 57 y ss.; AA.VV., *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no Contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 20.

¹⁰⁵ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Reformas y cambios en la Seguridad Social española: perspectiva 2002 (I)*, Tribuna Social, nº 142, 2002, pp. 16 y ss.; A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, “El Proyecto de Ley de

económica, prácticamente un umbral de pobreza, mientras que en la prestación por hijo a cargo y en la prestación por nacimiento de tercer y sucesivos hijos el límite de rentas resulta mucho más generoso, porque el objetivo en éstas no se limita a prestar socorro a quien se encuentra en un estado de necesidad genérico, sino que ha de tratarse de una necesidad cualificada por su dimensión familiar, y en especial por la presencia de hijos menores o minusválidos.

4- La obligatoriedad como presupuesto de conformación del ámbito subjetivo

El art. 41 CE encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos»¹⁰⁶, lo que ha permitido afirmar que «la universalización del campo de aplicación de la Seguridad Social es una de las principales características definitorias del Sistema»¹⁰⁷. La generalización del ámbito subjetivo ha sido una constante histórica, pues constituye un «interés legítimo» de los ciudadanos que «el legislador extienda el campo protector de la Seguridad Social»¹⁰⁸, porque la inclusión en el Sistema es una vía para alcanzar el ideal de «ciudadanía social»¹⁰⁹. Las fórmulas para proceder a esa expansión han sido básicamente dos, bien el incremento de actividades profesionales protegidas, bien el establecimiento de mecanismos de protección no contributivos. El ritmo de crecimiento no ha sido especialmente veloz; el legislador se ha decantado por la incorporación aluvional de colectivos al campo de aplicación, atendiendo unas veces a situaciones de necesidad imperiosas y en otras a razones de conveniencia; la mayor o menor presión de determinados grupos explica también la mayor o menor demora en su acceso al Sistema.

Todas esas inclusiones en el Sistema presentan una característica común, cual es el convencimiento del legislador de que la ampliación del ámbito subjetivo debe asentarse en unas bases sólidas. La inclusión de determinados colectivos en el campo de

Pensiones no Contributivas”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 181 y ss.

¹⁰⁶ «La universalidad, rectamente concebida, significa que ningún ciudadano está excluido de la tutela del conjunto del Sistema de Seguridad Social»; cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Comentario a la ponencia de M.R. Alarcón sobre «Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 43.

¹⁰⁷ Cfr. F. MANRIQUE LÓPEZ, “El ordenamiento de la Seguridad Social española: Evolución histórica y estado actual”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 165.

¹⁰⁸ Cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 63-64, 1981, pág. 21.

¹⁰⁹ Vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 21 y ss.

aplicación del Sistema se traduce, por consiguiente, en un aumento real, y no meramente potencial, del radio de acción del Sistema. Para ello, y en el plano de la modalidad contributiva, se reconocen escasos efectos a la autonomía de la voluntad, ya que, a salvo algún resquicio excepcional, la voluntad de los sujetos privados no condiciona ni determina la incorporación al campo de aplicación, que procederá legalmente cuando se cumplan los requisitos pertinentes, y no será posible en caso contrario.

De este modo, la obligatoriedad no puede calificarse como un criterio de inclusión en el Sistema en sentido estricto, pero es un instrumento esencial para la consolidación de la Seguridad Social, que proporciona al legislador plena seguridad jurídica sobre la dimensión cuantitativa del campo de aplicación, y que permite al propio Sistema cumplir la función que le es propia. El carácter obligatorio o voluntario en el acceso a los mecanismos públicos de protección social de carácter contributivo es una decisión que debe adoptar el legislador, y sus efectos son determinantes.

El ordenamiento español, desde que se abandonó el régimen de libertad subsidiada y se creó el Retiro Obrero¹¹⁰, ha convertido la compulsión jurídica en una nota distintiva de la previsión social primero, y de la Seguridad Social después. Los seguros sociales se caracterizaron precisamente por exigir la incorporación obligatoria, por contraposición a la situación anterior. El Sistema de Seguridad Social no ha cuestionado esa premisa, como se aprecia en el art. 7 LGSS, que al delimitar la extensión del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social se muestra taxativo –«estarán comprendidos»-, de manera que el ejercicio de una de las actividades allí enumeradas –reuniendo los pertinentes requisitos- conlleva la ineludible pertenencia al ámbito subjetivo del Sistema.

Esa configuración proporciona mayor seguridad jurídica tanto al individuo como al Sistema, y la obligatoriedad, a la postre, parece inherente a la propia función y dinámica de actuación de la Seguridad Social. La atribución al individuo de la facultad de pertenecer al campo de aplicación podría frustrar el propósito mismo del Sistema, porque su fin originario es el de remediar situaciones de necesidad. La incorporación obligatoria al ámbito subjetivo por el ejercicio de una actividad profesional garantiza el despliegue de la acción protectora cuando se actualice una contingencia protegida; pero al mismo tiempo, hace surgir una serie de obligaciones y cargas para el interesado, especialmente de carácter económico.

El sujeto comprendido en el campo de aplicación por el ejercicio de una actividad profesional ha de contribuir al sostenimiento del Sistema, pues «la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo, incluido el período de prueba»¹¹¹, y «se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta [...] o preste sus servicios»¹¹². La aportación varía en función de la concreta actividad que se desarrolle y, básicamente, del régimen de encuadramiento, y puede constituir una carga económica de envergadura fundamentalmente para los trabajadores autónomos, ya que en tal caso no hay empresario que pueda ser calificado como sujeto obligado. La compulsión jurídica provoca que el sujeto, por el mero ejercicio de la actividad, se encuentre comprendido en el campo de aplicación, y deba afrontar las obligaciones correspondientes.

La obligatoriedad dota al ámbito subjetivo del Sistema de una dimensión cuantitativa mínima, pero afecta a su expansión, porque cada nueva incorporación exige un previo y exhaustivo estudio sobre las repercusiones que provocará en la viabilidad económica. Las disponibilidades presupuestarias constituyen el mayor obstáculo al veloz crecimiento del campo de aplicación, y justifican que la consecución de la universalidad subjetiva se demore hasta que técnica y, sobre todo, económicamente sea viable. El Sistema español de Seguridad Social ha alcanzado prácticamente la «universalidad profesional», pues el número de sujetos que realizan una actividad lucrativa lícita que no se encuentre entre aquéllas cuya realización exige la inclusión en el campo de aplicación del Sistema es muy reducido.

En este contexto, el Sistema español ha restringido el espacio de la autonomía de la voluntad, cuya incidencia en el ámbito subjetivo resulta excepcional, aunque en ocasiones muy significativa. Los colectivos que pueden decidir voluntariamente su ingreso en el Sistema son básicamente tres. En primer lugar, se ha reconocido un derecho de opción entre el RETA y la mutualidad de previsión social adscrita a un colegio profesional a determinados profesionales libres que requieren colegiación para el ejercicio de su actividad profesional¹¹³. En segundo lugar, los parlamentarios tampoco están incluidos obligatoriamente en el Sistema, sean de las Cortes Generales, de los parlamentos autonómicos o del Parlamento Europeo, sino que su inclusión en el campo de aplicación depende de la suscripción de un convenio especial, que ellos

¹¹⁰ II.2.

¹¹¹ Art. 106.1 LGSS.

¹¹² Art. 106.2 LGSS.

¹¹³ III.5.

mismos deben solicitar, sin que ese derecho venga condicionado a la existencia de otro mecanismo de protección contra riesgos sociales que actúe como alternativa¹¹⁴. En último término, la misma facultad que a los parlamentarios se ha concedido a los deportistas de alto nivel mayores de dieciocho años, cuya incorporación al Sistema no es obligatoria, sino que debe materializarse a través de la voluntaria suscripción de un convenio especial¹¹⁵.

La modalidad contributiva circunscribe a esas tres situaciones el juego de la autonomía de la voluntad en la configuración del campo de aplicación. De una manera indirecta, sin embargo, se han previsto otros supuestos en los que la petición de los interesados puede desembocar en su exclusión del Sistema, pero es menester para que ello se produzca una expresa manifestación de voluntad de los poderes públicos. La eventual exclusión de los trabajadores asalariados cuya actividad «en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutiva de medio fundamental de vida» se mueve en esas coordenadas; el trabajador asalariado, con independencia de su jornada o retribución, está obligatoriamente incluido en el Sistema, pero el art. 7.6 LGSS habilita un procedimiento para que, tras la petición de los interesados por vía colectiva, puedan exonerarse de dicha obligación, si bien la petición no es vinculante y la exclusión del campo de aplicación debe materializarse en una norma reglamentaria¹¹⁶. De manera análoga, los profesionales libres que requieran colegiación para el ejercicio de su actividad, y que todavía no se han incorporado al Sistema, no sólo tienen reconocido el derecho individual a optar entre el Sistema público y las mutualidades adscritas a su colegio profesional, sino que el art. 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establece una vía de integración colectiva, que requiere, no obstante, la solicitud del propio Colegio y la aceptación expresa del Ejecutivo mediante Orden Ministerial.

Por consiguiente, la obligatoriedad es un rasgo esencial del Sistema de Seguridad Social, y en cierto modo se convierte en un presupuesto lógico de la universalidad. Pero la obligatoriedad incide en la modalidad contributiva, porque las prestaciones no contributivas se mueven en parámetros diferentes. La compulsión jurídica de la modalidad contributiva se traduce en la obligatoria pertenencia al campo de aplicación, y en el cumplimiento de los requisitos formales y de cotización que el

¹¹⁴ IV.5.

¹¹⁵ III.7.

¹¹⁶ IX.2.

Sistema impone. Sin embargo, no hay una obligación real de disfrutar de la acción protectora; salvo excepciones, el sujeto ha de solicitar las prestaciones correspondientes, so pena de perder el derecho o, en su caso, sufrir una demora en su nacimiento. La indefinición que se produce en las prestaciones asistenciales entre el ingreso en el Sistema y la condición de beneficiario plantea los mismos inconvenientes, y por ello el ingreso en el Sistema en condición de perceptor de una prestación no contributiva sería otra manifestación de voluntariedad, porque sin la solicitud del interesado los mecanismos tuitivos no se pondrían en marcha.

Pese a la inclusión obligatoria en el Sistema de la mayor parte de sujetos que realizan una actividad profesional, y de la protección de determinadas personas sin recursos por la vía de las prestaciones no contributivas, en especial mediante las pensiones de vejez e invalidez, el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social presenta ciertas lagunas, porque los inactivos que no hayan cumplido sesenta y cinco años y no sufran de una minusvalía superior al sesenta y cinco por ciento están excluidos del Sistema. La creación de nuevas prestaciones no contributivas para ese colectivo se encuentra con varios obstáculos, en especial el de su financiación.

El ordenamiento español no ha previsto con carácter general una vía para la incorporación voluntaria de quienes no están en el campo de aplicación, sino que se ha limitado a excepcionar la obligatoriedad para ciertos profesionales. El convenio especial, salvo en los casos de parlamentarios y deportistas de alto nivel, fue concebido con el propósito de permitir la permanencia en el campo de aplicación de quien deja de reunir los requisitos que motivaron su entrada, pero no justifica la inclusión *ex novo* en la modalidad contributiva de sujetos que no han realizado una de las actividades protegidas. Es claro que ante la ausencia de obligación y de instrumentos que posibiliten la incorporación voluntaria no procede la inclusión en el Sistema y el eventual pago de cotizaciones no genera derecho a la acción protectora¹¹⁷.

La voluntariedad se presenta como una vía para colmar esas lagunas con carácter inmediato, y podría coadyuvar a la consecución de la universalidad subjetiva del Sistema si a través de él pudieran ingresar colectivos no profesionales, incluso toda la población, con la simple petición del interesado. Como se desarrollará en su momento, el seguro facultativo es muy frecuente en otros ordenamientos, aunque los destinatarios varían en función de los países, porque en algunos casos esa medida está únicamente

¹¹⁷ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, *Sobre los efectos de la cotización del autónomo que no está en alta*, REDT, nº 37, 1989, pp. 127 y ss.

prevista para quienes desarrollen una actividad profesional, y en otros la posibilidad está abierta a todo residente¹¹⁸. En España, el desarrollo de la modalidad contributiva del Sistema hace innecesaria una vía de acceso para la población activa que se encuentre al margen del Sistema; ese colectivo resulta cuantitativamente muy reducido, y por coherencia con las premisas del propio Sistema su incorporación debe tener lugar de forma obligatoria, y no voluntaria.

La auténtica virtualidad de un seguro facultativo en el ordenamiento español presupone una ampliación cualitativa del campo de aplicación del Sistema, que alcanzaría a quienes no desarrollan una actividad profesional. El estado de necesidad no sería condición para la suscripción de ese seguro facultativo, sino en su caso para la dispensación de la acción protectora. El sujeto se incorporaría al campo de aplicación del Sistema y debería hacer frente a las obligaciones correspondientes, principalmente la cotización, tras la celebración del seguro –para el que no se exigiría acreditación de insuficiencia económica–, y sólo recibiría protección en el momento de actualizarse una contingencia protegida. El Sistema de Seguridad Social actuaría a modo de asegurador privado, pues ya no protegería al sujeto por su condición de trabajador, o por la condición de persona sin recursos, sino por estar satisfaciendo una cotización que, en puridad, no constituiría una prestación patrimonial de carácter público.

Desde un punto de vista técnico, el Sistema de Seguridad Social no ha establecido demasiados obstáculos para la creación de un seguro facultativo; sería suficiente una extensión del ámbito de aplicación del convenio especial que permitiera su suscripción a quienes nunca han ingresado en el Sistema, y no solamente a quienes deben abandonarlo por dejar de cumplir los pertinentes requisitos para continuar encuadrados en un concreto régimen¹¹⁹. La incorporación voluntaria, desde ese punto de vista, podría colaborar decisivamente en la extensión del ámbito subjetivo del Sistema, pero el seguro facultativo no siempre despliega efectos positivos.

Las objeciones que pueden encontrarse a esa medida se aprecian con mayor nitidez en los Estados que se encuentran todavía en la fase de la previsión social, normalmente porque su grado de desarrollo económico y el contexto social hace inviable un mecanismo de protección que se extienda a colectivos diferentes de los trabajadores asalariados. Pero con independencia de esa circunstancia, la voluntariedad en la incorporación a los mecanismos públicos de protección de riesgos sociales fracasó

¹¹⁸ I.7.

¹¹⁹ Art. 2 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

hace un siglo en los Estados que, como España, optaron inicialmente por esa fórmula en detrimento de la obligatoriedad¹²⁰. La voluntariedad en la incorporación al ámbito subjetivo del Sistema puede convertirse en un adecuado complemento de la obligatoriedad, pero mal implementada es un lastre para el normal desarrollo del Sistema de Seguridad Social.

La vocación universalista del Sistema no se contradice con su función como instrumento de redistribución de la riqueza. Los destinatarios a los que originariamente se dirigía el Sistema, y que constituyen su razón de ser, son las personas en situación de debilidad económica. El seguro facultativo es un mecanismo tuitivo netamente contributivo, porque exige una contraprestación directa a cambio de la expectativa de protección. La atribución al sujeto de la capacidad de decisión sobre su entrada o no al campo de aplicación puede provocar la efectiva exclusión –no incorporación– de quienes se encuentren en un estado de necesidad real, porque en muchos casos preferirán destinar sus escasos recursos a las necesidades más inmediatas y no a la protección de las futuras.

Asimismo, la creación de un seguro facultativo podría demorar la implantación de nuevas prestaciones no contributivas. A través del seguro voluntario el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social alcanzaría la universalidad potencial, aunque el crecimiento real podría ser mínimo. La simple posibilidad, sin embargo, podría generar reticencias a la extensión de la protección asistencial, porque en teoría el Sistema de Seguridad Social carecería de lagunas, y todo sujeto estaría comprendido en su campo de aplicación, bien obligatoriamente cuando desarrollase una actividad profesional, bien de forma voluntaria en otro caso.

La compulsión jurídica es una característica básica en la incorporación al campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. Si el contexto socio-económico lo permite, quienes desarrollen una actividad profesional deben estar obligatoriamente comprendidos en el campo de aplicación del Sistema; y cuando sea posible, quienes no desarrollen una actividad profesional merecen la tutela del Sistema a través de prestaciones asistenciales. El aseguramiento facultativo podría convertirse en una herramienta para completar de forma coyuntural las insuficiencias del Sistema de Seguridad Social, pero no debe resultar una alternativa de carácter definitivo, porque la protección potencial no garantiza el efectivo remedio de las situaciones de necesidad y

¹²⁰ II.2.

la obligación de cotizar constituiría un obstáculo para la consecución de la universalidad.

5- La edad como umbral de entrada y salida del Sistema

A diferencia del sexo y del estado civil, el art. 7 LGSS no considera la edad como un factor irrelevante. En realidad, ese precepto omite cualquier referencia a la edad, y el fundamento de tal omisión es obvio: la edad, a pesar de ser una circunstancia personal, sí puede obstaculizar el ingreso en el Sistema. Conviene recordar que «en materia de Seguridad Social puede la edad suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables» (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3º)¹²¹, por lo que resultan constitucionalmente admisibles determinadas restricciones de los derechos de los beneficiarios por razón de edad, normalmente debidas a «condicionamientos financieros (STC 137/1987, de 22 de julio, FJ 3º)»¹²².

La edad, por lo general, cuenta con una repercusión indirecta en la configuración del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. El Sistema español no establece una edad máxima de permanencia, y ni siquiera las denominadas “jubilaciones forzosas” impiden el ejercicio de una actividad protegida, pues el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación no se produce automáticamente tras la extinción del contrato de trabajo, sino que requiere previa solicitud¹²³. Supuesto particular es el de los estudiantes. El Régimen Especial de Estudiantes sí contempla restricciones por razón de edad, y el art. 3 de su norma reguladora, la Ley de 17 de julio de 1953, deja claro que «la edad límite para la aplicación del Seguro al estudiante será la de veintiocho años».

La edad es un condicionante de mayor envergadura en el otro extremo, el del acceso al Sistema¹²⁴. A efectos de la modalidad contributiva, el ordenamiento de

¹²¹ Vid. E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Regímenes especiales de Seguridad Social y principio de igualdad: Régimen Especial de Autónomos e invalidez”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 438 y ss.

¹²² Doctrina reiterada en la STC 197/2003, de 30 de octubre (FJ 5º).

¹²³ Con buen criterio, la DA 10ª ET, en la redacción dada por la Ley 14/2005, no se refiere a la «jubilación forzosa», sino a las «cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación».

¹²⁴ El ordenamiento irlandés incluye en el campo de aplicación del aseguramiento obligatorio a los trabajadores con una edad comprendida entre los dieciséis y los sesenta y seis años. La Ley de la República Argentina 24.241, de 23 de septiembre de 1993, excluye expresamente del «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones» a los menores de dieciocho años (art. 2). La *Social Security Act* neozelandesa de 1964 condiciona el acceso a la prestación por enfermedad al cumplimiento de los dieciocho años, aunque permite generar la prestación a los dieciséis, siempre que el solicitante esté casado

Seguridad Social, no por remisión o aceptación implícita de la regulación en otros sectores, sino mediante previsión expresa, convierte la edad en elemento determinante para la incorporación al Sistema de los trabajadores autónomos. En abstracto, el ordenamiento español no contempla un límite mínimo de edad para ejercer una actividad por cuenta propia; no se ha estimado oportuno establecer una regla equivalente al art. 6.1 ET en este ámbito. Sin embargo, el Sistema de Seguridad Social ha decidido fijar un límite propio, que no prohíbe el lícito ejercicio de una actividad por cuenta propia, sino que únicamente impide el ingreso en el Sistema hasta el cumplimiento de una determinada edad, dieciocho años, como se desarrollará en un momento posterior¹²⁵.

Respecto del trabajo asalariado, las limitaciones no vienen establecidas por la normativa de Seguridad Social, sino que derivan de la capacidad para celebrar un contrato de trabajo. Como se sabe, la edad puede impedir la suscripción de un contrato de trabajo válido (art. 6.1 ET)¹²⁶, pues, de ordinario, el contrato celebrado por un menor de dieciséis años es nulo, y por consiguiente no permite ingresar en el Sistema¹²⁷. Evidentemente, el alta, y la afiliación en su caso, son obligatorias con anterioridad a los dieciséis años siempre que se suscriba un contrato de trabajo válido. Así acontece en caso de «intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos», excepción a la regla general contemplada por el art. 6.4 ET, que exige una preceptiva autorización por parte de la autoridad laboral, condicionada a que la participación del menor «no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana». Alguna resolución administrativa entendió que no procedía el alta en estos casos al estimar que la relación que aquí se establece no es de trabajo¹²⁸. Sin embargo, desde el plano normativo la laboralidad no puede cuestionarse, pues el art. 2 del RD

y tenga a su cargo al menos un hijo. En Corea del Sur, los arts. 6 y 8 de la *Nacional Pension Act* de 31 de diciembre de 1986 disponen que únicamente las personas entre dieciocho y sesenta años tienen obligación de acceder al Sistema. En Japón, por su parte, la *Employees' Pension Insurance Act* de 1954 fija la edad máxima en setenta años, aunque el trabajador que sobrepase dicha edad puede permanecer comprendido si es autorizado por la entidad gestora; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 178.

¹²⁵ III.4.

¹²⁶ Vid. Vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, "Contrato de trabajo de los menores", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 35 y ss.

¹²⁷ Vid. C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991, pp. 46-47; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 80-81.

¹²⁸ Vid. A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, "Campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 55-57.

1435/1985, de 1 de agosto, reitera que en estos supuestos existe un auténtico contrato de trabajo. Cuestión distinta es que una de las partes requiera autorización, pero ello no es obstáculo para calificar como laboral la relación que surja, regulada, tampoco puede olvidarse, por el propio RD 1435/1985, norma que establece el régimen jurídico de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos¹²⁹.

Al margen de esas excepciones, el art. 6 ET parece configurarse como norma imperativa, lo que desemboca en la nulidad de todo contrato celebrado en contra de sus prescripciones¹³⁰; es más, se ha llegado a afirmar que ese precepto vedaría incluso una prestación de servicios a título amistoso, benévolo o de buena vecindad¹³¹. La prohibición alcanza así un carácter cuasi absoluto, con el propósito, explicitado por la STC 22/1981, de 2 de julio, de «garantizar una formación básica, dentro de una política encaminada a promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y a remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad; y, aun cuando el proceso de maduración no se produzca de la misma forma en todos los individuos, la tipificación viene también justificada por la necesidad de uniformar los ciclos educativos y evitar una costosa diversificación según el ritmo de evolución de cada niño o adolescente. Se trata, en definitiva, de una medida inspirada en principios y valores fundamentales asumidos constitucionalmente (artículos 9.2 y 27.1 de la Constitución española), y la creciente sensibilización de las sociedades democráticas respecto de la importancia de la realización de tales valores y principios viene manifestándose en la paulatina elevación de la edad requerida para el inicio de la actividad laboral».

El cumplimiento de los dieciséis años, con o sin emancipación, permite la celebración de un contrato de trabajo, con la correspondiente inclusión en el Sistema. La diferencia estribará en la necesidad de contar o no con la autorización del representante legal para que el consentimiento se entienda perfeccionado¹³². No obstante, la emancipación puede producirse por matrimonio, incluso a partir de los catorce años, por lo que podría plantearse en hipótesis la validez del contrato de trabajo celebrado en esas

¹²⁹ Vid. I. ALZAGA RUIZ, *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 149 y ss.

¹³⁰ Vid. STS (Cont-Adv.) de 7-9-1995 (Ar. 6704), respecto de una sanción impuesta a un empresario por contratación de un menor de dieciséis años para la venta de helados en un bar.

¹³¹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 23-3-1998 (Ar. 2862). La afirmación se realiza *obiter dicta* (FJ 2º), ya que en el caso enjuiciado se discute el alcance de la presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo.

¹³² Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp.84-88 y 116-121.

condiciones, acompañada de la incorporación obligatoria al Sistema¹³³. El art. 6 ET parece dejar un escaso, por no decir nulo, margen interpretativo, al prohibir la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años¹³⁴. La prohibición del trabajo infantil, que duda cabe, cuenta con una lógica intachable y una justificación que no admite quiebra, puesto que tiene como propósito básico la protección del menor en un sentido amplio, que implica la garantía de un desarrollo físico y psíquico adecuado, y la necesaria obtención de un nivel de educación básico¹³⁵. La literalidad del precepto, sin embargo, no elimina por completo el debate¹³⁶, pues, a la postre, «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva», según el art. 2 LO 1/1996, de 15 de enero¹³⁷.

No cabe olvidar que el art. 314 CC establece como causa de emancipación el matrimonio, y el art. 316 de la misma norma afirma que el «matrimonio produce de derecho la emancipación». El art. 48 CC, por su parte, reconoce la posibilidad de contraer válidamente matrimonio desde los catorce años, siempre que exista dispensa judicial, en un procedimiento en el que deben ser oídos el menor y sus padres o guardadores, a efectos de determinar la madurez del menor. Desde esta perspectiva, parece existir cierta contradicción entre el hecho de que un menor con edad comprendida entre los catorce y los dieciséis años pueda eventualmente contraer matrimonio, y sin embargo no esté facultado para celebrar válidamente un contrato de trabajo. Los arts. 323 y 324 CC concretan la capacidad del menor emancipado, también por matrimonio, capacidad que no es plena, pues no puede «tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador», pero sí que es una situación cercana a la de la mayoría de edad; el propio art. 323 CC reconoce que estas limitaciones afectan igualmente «al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad».

¹³³ Vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, "Capacidad para contratar", REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 318-322.

¹³⁴ Vid. S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 130.

¹³⁵ Vid. S. RUANO ALBERTOS, *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, Tribuna Social, nº 127, 2001, pp. 34 y ss.; A. CÁMARA BOTÍA, *Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil*, REDT, nº 122, 2004, pp. 228 y ss.

¹³⁶ Recoge las diversas opciones interpretativas M. APILLUELO MARTÍN, *La relación de trabajo del menor de edad*, CES, Madrid, 1999, pp. 65-68.

¹³⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 469-470.

Ciertas obligaciones impuestas a los cónyuges parecen aconsejar la remoción de las trabas en el acceso a un trabajo remunerado. Así, el art. 67 CC impone a los cónyuges el deber de «ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia», el art. 68 establece una obligación de socorro mutuo, mientras que el art. 1318 CC contempla el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El contenido de tal contribución puede no ser susceptible de valoración económica en un sentido estricto, ya que el trabajo en el hogar debe computarse también como contribución a esas cargas (art. 1438 CC). No obstante, la percepción de ingresos regulares, fundamentalmente en forma de salario derivado del trabajo, constituye una de las formas habituales, y hasta naturales, de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. Teniendo en cuenta, como dispone el art. 1362 CC, que en esas cargas se incluyen aspectos tan vitales como «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia»¹³⁸, no parece desproporcionado permitir al menor emancipado por matrimonio que desarrolle un trabajo asalariado, pues de esa fuente de ingresos pudiera depender la subsistencia de su familia; de otra manera, y al margen de la obtención de rentas, las posibilidades de conseguir ingresos regularmente parecen limitarse al derecho de alimentos, claramente inadecuado en estas situaciones por su significación y finalidad.

Sobre esas bases, un sector doctrinal ha defendido la validez del contrato de trabajo de los menores de dieciséis años emancipados por matrimonio, porque las consecuencias de la interpretación literal del art. 6 ET pueden resultar desmesuradas, incompatibles con el derecho matrimonial vigente e incluso contradictorias con el derecho al trabajo y con el principio constitucional de protección a la familia¹³⁹. El grado de madurez requerido para contraer matrimonio excede del que en teoría es necesario para celebrar un contrato de trabajo, y no hay motivo para presumir, y menos con carácter *iuris et de iure*, que el desempeño del trabajo provocará daños irreparables en la salud física o psíquica del menor. Los avances tecnológicos y la variedad de puestos de trabajo en el sector servicios, cuyos requerimientos físicos no son demasiado elevados, y que tampoco exigen dedicación exclusiva y continuada, no amparan una

¹³⁸ En general, vid. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 140-141 y 215-216.

¹³⁹ Cfr. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 88 y ss. La eventual admisión del trabajo en estos casos, según un sector doctrinal, debería

prohibición absoluta que impida a un menor emancipado por matrimonio obtener, en el marco de la legalidad vigente, los recursos necesarios para su subsistencia y la de su familia.

A la postre, las posibles consecuencias físicas de la realización de trabajo a tan tempranas edades parecen cubiertas legalmente con las prohibiciones legales que impiden el trabajo nocturno, la realización de trabajos insalubres, penosos, nocivos o peligrosos o la realización de horas extraordinarias (art. 6 ET), y con la misma realidad del mercado de trabajo, que obligará a celebrar un contrato de duración determinada y, probablemente, a tiempo parcial, por la necesidad, además, de compatibilizarlo con la escolarización obligatoria hasta los dieciséis años (art. 5.1 de la LOGSE¹⁴⁰). La emancipación por matrimonio de menores de dieciséis años es un supuesto excepcional, absolutamente inusual en la sociedad española; y precisamente por ello requiere un tratamiento jurídico singular, acorde con el contexto.

La inclusión en el Sistema de Seguridad Social depende, por tanto, de la calificación jurídico-laboral de la relación de trabajo; la nulidad del contrato, por vulneración de una norma imperativa, implicará la exclusión del Sistema, mientras que su eventual validez permite el acceso con plena protección¹⁴¹. La imposibilidad de ingreso en el Sistema público no es obstáculo para la reclamación de los oportunos daños y perjuicios al empresario por responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss. CC), pero no se encuentra título de imputación para desencadenar la protección Sistema de Seguridad Social¹⁴². El Sistema no protege a todos los ciudadanos de todas las situaciones de necesidad, y ni siquiera a todos los que desarrollen alguna clase de actividad a título lucrativo de los riesgos propios de ese trabajo. La puesta en marcha de los mecanismos tuitivos requiere no sólo la actualización de una contingencia protegida, sino, sobre todo, la inclusión en el campo de aplicación.

La exclusión de la modalidad contributiva en estos supuestos de emancipación sin celebración de contrato de trabajo da lugar a situaciones de completo desamparo, porque las prestaciones no contributivas están delimitadas por rígidos requisitos de edad. Es cierto que si el menor tuviera descendencia podría percibir prestaciones familiares, en su condición de progenitor. Sin embargo, la emancipación impide que el

limitarse a los mayores de quince años por respeto al Convenio nº 59 OIT; vid. M.I. RAMOS QUINTANA, "El trabajo de los menores", REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 299-300.

¹⁴⁰ Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre.

¹⁴¹ IX.9.

¹⁴² Vid. SSTS de 5-6-1962 (Ar. 2447), 21-6-1965 (Ar. 3314) y de 10-1-1967 (Ar. 631).

menor actúe como sujeto causante de una prestación por hijo a cargo, a salvo de que excepcionalmente pudiera entenderse que ante una eventual reanudación de la convivencia con sus progenitores, mediando dependencia económica, renace la patria potestad y el hijo vuelve a encontrarse «a cargo» de sus padres, lo que parece incompatible con la subsistencia del matrimonio. Recuérdese que la patria potestad se extingue por la emancipación (art. 169.2 CC); los supuestos de recuperación se vinculan a su previa pérdida por un incumplimiento de los deberes de los progenitores (art. 170 CC), y la eventual rehabilitación de la patria potestad, prevista en el art. 171 CC, no es una opción viable, porque se limita a los mayores de dieciocho años solteros que sean incapacitados una vez alcanzada la mayor edad. En esos términos, los menores emancipados quedan excluidos de las pensiones no contributivas, en las que la edad se convierte en un obstáculo infranqueable, tanto para la pensión de jubilación, que no requiere comentario, como para la de invalidez, limitada a los mayores de dieciocho años [art. 144.1.a) LGSS]¹⁴³. Esta última exclusión debería ser objeto, sino de corrección legal, sí al menos de interpretación integradora, pues la limitación por edad, tanto la inferior como la superior, en la pensión no contributiva de invalidez responde al propósito de delimitar modalidades de protección que se configuran como escalonadas (hijo a cargo hasta los dieciocho años, invalidez entre dieciocho y sesenta y cinco, y jubilación posteriormente)¹⁴⁴.

Mientras que la virtualidad de la emancipación para flexibilizar la edad mínima de acceso al Sistema puede ponerse en entredicho, el legislador ha concedido mayor peso específico a la asimilación, en su función de instrumento de ampliación y conformación del ámbito subjetivo del Sistema. El art. 114.2 LGSS permite que la norma que proceda a la asimilación determine las condiciones de inclusión y, entre ellas, podría modular la edad. Así se justifica, por ejemplo, que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado asimilados a trabajadores autónomos en los estatutos de la cooperativa queden obligatoriamente incorporados al Sistema en uno de los regímenes previstos para los autónomos, aun cuando se trate de menores de dieciocho años¹⁴⁵.

¹⁴³ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 256 y ss.

¹⁴⁴ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 33.

¹⁴⁵ III.4.

Aunque no es materia de ámbito subjetivo del Sistema, es conveniente precisar que la edad tiene una notable influencia en el acceso y cuantía de las prestaciones, pues juega un papel crucial en la determinación del momento inicial de disfrute de la pensión de jubilación (art. 161 LGSS); o en la extinción de las prestaciones que se vinieran percibiendo o su sustitución por otras [v.gr. art. 143.4 LGSS para las pensiones de invalidez, o art. 213 e) para la prestación por desempleo]; algunas de las modalidades de subsidio por desempleo se dirigen específicamente a los mayores de una determinada edad (cuarenta y cinco o cincuenta y dos años, art. 215 LGSS); la incapacidad permanente total deviene cualificada a los cincuenta y cinco años si no se encuentra un empleo (art. 6 Decreto 1646/1972); el período de carencia en caso incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común es diferente en función de la edad del sujeto protegido (art. 138.2 LGSS); el disfrute de las pensiones de orfandad y de varias modalidades de prestaciones en favor de familiares se condicionan a la edad del beneficiario (arts. 175 y 176 LGSS y arts. 22 y 25 Orden de 13 de febrero de 1967); la definición de hijo a cargo presta especial atención a la edad del vástago (arts. 180 y 182 LGSS), etc. Por consiguiente, es claro que el legislador ha dotado a la edad de mayor peso en la modulación de la acción protectora que en la determinación del ámbito subjetivo del Sistema¹⁴⁶.

6- Las limitaciones subjetivas de la Seguridad Social: la protección de los excluidos del Sistema

La lucha contra las situaciones de necesidad no puede afrontarse exclusivamente desde el Sistema de Seguridad Social. La reducción del desempleo y la mejora de las condiciones sociolaborales constituyen posiblemente el mejor remedio, acompañadas de un eficaz instrumento de sustitución de las rentas dejadas de percibir en los supuestos de cesación involuntaria de la prestación de servicios. En ese contexto, el Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite

¹⁴⁶ Vid. E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *La discriminación por razón de edad en el ámbito de la Seguridad Social*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público.

Las diferencias entre los instrumentos tuitivos que ofrecen cobertura frente a los riesgos sociales no se reducen a los caracteres de la acción protectora, porque ni siquiera esa circunstancia es de por sí definitoria. Salvo los ejemplos, poco numerosos, de asistencia social vertical, la existencia de varios mecanismos de protección social se justifica porque los destinatarios principales de cada una de esas fórmulas son diferentes. Desde el mismo comienzo de la intervención pública con propósito de paliar las situaciones de necesidad, el ámbito subjetivo ha predeterminado la configuración y la propia denominación de los instrumentos mediante los que se ha pretendido dispensar protección.

La previsión social pública, precisamente, se caracterizaba por la atención exclusiva a los trabajadores y a sus familiares. La actividad profesional es inherente a la previsión social, que principalmente amparaba a los trabajadores asalariados¹⁴⁷. El resto de caracteres que permitirían definir la previsión social son consecuencia directa de su ámbito subjetivo. La limitación inicial al sector industrial y de servicios se explica por las reivindicaciones del proletariado, y las dificultades para incorporar a otros profesionales distintos a los trabajadores asalariados eran debidas a que los seguros sociales se adecuaban plenamente a los rasgos del trabajo asalariado, y por ello el resto de profesionales recibirían protección a través de las mutualidades laborales, íntimamente ligadas a la actividad profesional y que presuponen la existencia de distintos instrumentos adaptados a las características de cada colectivo.

La Seguridad Social es la evolución de la previsión social, porque comprende en un mismo mecanismo, aunque internamente pueda estar parcelado, a quienes desarrollan una actividad profesional, y porque puede extenderse asimismo a otras personas por el mero hecho de que se encuentran en estado de necesidad, prescindiendo de que realicen o no un trabajo. En consecuencia, la Seguridad Social, al menos en su dimensión contributiva, supedita la dispensación de la acción protectora a la inclusión de un sujeto en su campo de aplicación, pues con carácter previo al reconocimiento de una prestación exige el cumplimiento de una serie de obligaciones, tanto formales (actos de encuadramiento) como materiales (cotización), cuya inobservancia no genera únicamente responsabilidades para empresario y/o trabajador, sino que podría derivar en la denegación de la prestación que lleva aparejada la actualización de una contingencia

protegida. En consecuencia, el sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que las prestaciones incorporadas por la Ley 26/1990, unidas a las que recientemente instauró el Real Decreto-Ley 1/2000, no han culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva¹⁴⁸; por otro, las prestaciones familiares se limitan exclusivamente a la protección de los hijos, normalmente en etapas en las que requieren especiales cuidados, bien por su corta edad, bien por padecer minusvalía; en realidad, la prestación por hijo a cargo, todavía el máximo exponente de las prestaciones familiares, «se va convirtiendo –con una desnaturalización creciente– en un mecanismo más de protección al minusválido»¹⁴⁹. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo¹⁵⁰.

El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE)¹⁵¹, pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional *ex art. 41* «carece de un contenido y significado

¹⁴⁷ II.3.

¹⁴⁸ Vid. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas ante la Ley 24/1997, RTSS (CEF)*, nº 194, 1999, pág. 49

¹⁴⁹ Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 386.

¹⁵⁰ Lo mismo sucede con el ordenamiento francés, donde los llamados *minima sociaux* cumplen una función similar; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 352 y ss.

¹⁵¹ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.

determinado»¹⁵², ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado “Social”»¹⁵³.

Por ello, se ha defendido que la Seguridad Social debe definirse desde una perspectiva meramente contingencial, por contraposición a otras instituciones, como la Asistencia Social, mecanismo acontingencial que entra en juego ante la simple apreciación de una situación de necesidad¹⁵⁴. Desde la perspectiva de la modalidad contributiva el argumento admite difícil réplica, pero los modelos actuales de Seguridad Social han adoptado fórmulas mixtas, en las que se entremezclan los principios contributivo y asistencial, y que obligan a calificar como Seguridad Social medidas asistenciales que nunca merecerían tal consideración en un modelo contributivo puro¹⁵⁵. En realidad, la propia idea de Seguridad Social, en el sentido propuesto por Lord Beveridge, tiene una dimensión asistencial y, si se quiere, acontingencial. Sin embargo, siendo la Seguridad Social una función estatal, su ámbito de aplicación, tanto subjetivo como objetivo, alcanza hasta donde el legislador determine, pues, al menos en teoría, todas las actividades prestacionales del Estado podrían ser consideradas parte de la Seguridad Social, y ello depende de factores ajenos a la tipología de las prestaciones¹⁵⁶.

La mejor atención frente a las situaciones de necesidad consistiría en establecer, como prestación de Seguridad Social, una renta mínima garantizada para quienes acreditasen una situación de debilidad económica¹⁵⁷, e incluso podría postularse que la

¹⁵² Cfr. S. OLARTE ENCABO, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 64.

¹⁵³ Cfr. M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Artículo 7”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 73.

¹⁵⁴ Vid. A. MONTOYA MELGAR, “Seguridad social y asistencia social: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 471-472; A. DESDENTADO BONETE, C. MARTÍNEZ MORENO e I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La doctrina constitucional sobre Seguridad social y proceso social en el año 2003 (II)*, Poder Judicial, nº 73, 2004, pág. 68; L. HURTADO GONZÁLEZ, *Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales*, AL, nº 25, 1993, pp. 472-473.

¹⁵⁵ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, “Las pensiones no contributivas en Europa”, en AA.VV., *Los Sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 135.

¹⁵⁶ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 11.

¹⁵⁷ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables”, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 465 y ss.; E. ROJO

cuantía de la ayuda igualase cuanto menos el SMI. Sin embargo, esa medida obligaría a replantear por completo el Sistema público de Seguridad Social, que encontraría graves trabas para su subsistencia bajo idénticos parámetros¹⁵⁸. Dificilmente se puede soslayar el poco estímulo para el empleo¹⁵⁹, y por ende para la modalidad contributiva del Sistema, que implicaría una prestación de esa índole¹⁶⁰. La protección por desempleo, en especial el subsidio y la renta activa de inserción, proporciona ingresos inferiores a esos umbrales, e incluso las pensiones contributivas calculadas sobre bases mínimas o que requieran complementos por mínimos se mueven en esas cifras. El establecimiento de incentivos para los trabajadores con salarios reducidos podría resultar una contramedida eficiente, pero seguramente ello puede derivar en una congelación salarial para evitar la pérdida de las ayudas¹⁶¹. Por otro lado, el eventual establecimiento de límites de edad para percibir esa prestación obligaría a arbitrar nuevas medidas de protección para quienes careciesen de medios de subsistencia con anterioridad a su cumplimiento, y ello generaría análogas dificultades.

La elección del criterio sobre el que debería medirse el estado de necesidad se convierte en un proceso delicado. La opción por un umbral objetivo, que descansa exclusivamente sobre la percepción de un límite dado de ingresos, aunque variable en función de las necesidades familiares, se ha convertido en la opción legislativa más habitual, sin duda sustentada en la seguridad jurídica que proporciona. Pero las prestaciones asistenciales exigen acciones dirigidas a localizar y eliminar estados de necesidad real; y la consecución de ese objetivo no concilia bien con el establecimiento de rígidas fronteras que delimiten el estado de necesidad sin valorar en profundidad las circunstancias de cada concreto solicitante/beneficiario. La justicia material se satisface mejor con un criterio flexible, que conceda la prestación a quien verdaderamente la merece y necesita, aunque formalmente no cumpla los requisitos establecidos al efecto.

TORRECILLA, *La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias*, TL, nº 17, 1990, pp. 57 y ss.

¹⁵⁸ Vid. M.S. GORDON, *La política de Seguridad Social en los países industrializados*, MTSS, 1990, pp. 411-415.

¹⁵⁹ Cuando los Estados detectan tal situación reaccionan contra ella, incluso aunque tradicionalmente no se hayan caracterizado por la generosidad de los beneficios concedidos por sus mecanismos de protección social; vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 53 y ss.

¹⁶⁰ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Política de empleo y protección por desempleo", en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, pp. 333-334; C. EUZÉBY, "Aspectos económicos de las pensiones de vejez no contributivas", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 130 y ss.

¹⁶¹ Vid. E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Income Support. Una prestación de garantía de renta mínima para ciertos grupos de ciudadanos*, RTSS (CEF), nº 207, 2000, pp. 12-13.

Pero esa clase de criterios introducen un componente de valoración subjetiva, de discrecionalidad al fin y al cabo, a menudo incompatible con la configuración de un Sistema de Seguridad Social que concede derechos subjetivos a quienes reúnen unas condiciones legales tasadas de acceso a prestaciones¹⁶². Por ello, este tipo de prestaciones no eliminan los estados de necesidad, sino que únicamente permiten «redibujar la línea de la pobreza»¹⁶³.

En tanto el catálogo de prestaciones del Sistema de Seguridad Social no contemple esa renta mínima garantizada, la atención a esos sujetos en especial estado de necesidad tiene lugar por la vía de la Asistencia Social. La Seguridad Social y la Asistencia Social se relacionan habitualmente sobre la base de la complementariedad, y no de la suplementariedad, porque la Asistencia Social completa el ámbito subjetivo de aquélla mediante la dispensación de beneficios a quienes carecen de recursos y no cumplen los requisitos para causar una prestación de Seguridad Social. La Asistencia Social cuenta con un ámbito de actuación –subjetivo y objetivo– supeditado al Sistema de Seguridad Social, como fórmula para integrar sus lagunas, y reduce su radio de acción a la atención de auténticas situaciones de necesidad caracterizadas, bien por la debilidad económica extrema, bien por la protección a colectivos cuya necesidad es cualificada por diversas circunstancias (minusvalía, maltrato, desempleo de larga duración). En unas ocasiones la Asistencia Social ocupa un espacio donde no llega la acción protectora de la Seguridad Social, y en otras releva al propio Sistema en la protección de una contingencia cuyas consecuencias no han podido ser completamente superadas pese a la dispensación de la acción protectora propia de la Seguridad Social.

En consecuencia, la Asistencia Social se dirige primariamente a personas no comprendidas en el campo de aplicación del Sistema respecto de riesgos no cubiertos por éste; se trata de una regla general, porque es posible que el incluido en el campo de aplicación del Sistema sea al mismo tiempo beneficiario de prestaciones de Asistencia Social (o de servicios sociales), y que la Asistencia Social ofrezca cobertura adicional a riesgos protegidos por el Sistema. El catálogo de prestaciones de Asistencia Social es más heterogéneo que el previsto por el Sistema de Seguridad Social, que se limita por lo general a la sustitución de rentas dejadas de percibir o a la garantía de un ingreso

¹⁶² Vid N. DE BUEN, *La decadencia del Derecho del Trabajo*, Editorial Porrúa, México D.F., 2001, pág. 164.

¹⁶³ «*Even the idea of establishing a minimum income standard, based on objective empirical data, which would aim to provide a "single standard of decency" to guide social policy, would merely result in the*

mínimo para minusválidos o mayores de sesenta y cinco años, amén de la asistencia sanitaria. La Asistencia Social, por su parte, cubre riesgos tradicionales, como la mera insuficiencia de recursos, pero también novedosos o de nueva aparición, porque a menudo se manifiesta a través de prestaciones de carácter coyuntural y no consolidable, que proporcionan la flexibilidad suficiente para atender con celeridad e inmediatez esa clase de situaciones.

Mientras que la Seguridad Social protege a los sujetos comprendidos en su campo de aplicación de las contingencias típicas, la Asistencia Social no identifica con carácter previo a los destinatarios, sino que determina los riesgos y protege a quien se encuentre en una de esas situaciones¹⁶⁴. Lógicamente, la extensión personal –y objetiva– de la Asistencia Social no es coincidente en todo el ámbito nacional, sino que depende de cada Comunidad Autónoma. Se pueden apreciar, en cualquier caso, líneas de tendencia suficientes para establecer reglas generales. Bajo la denominación de asistencia social, servicios sociales, o acción social, se concede un ingreso mínimo o renta mínima de inserción a las personas que acrediten una situación de debilidad económica¹⁶⁵, incluso configurando esa percepción como derecho subjetivo¹⁶⁶; se establecen redes de servicios sociales para la atención a ancianos y minusválidos, y para la atención y promoción de la infancia y adolescencia, o de la familia¹⁶⁷; también son frecuentes las medidas dirigidas a las personas en situación de exclusión social o marginación¹⁶⁸, especialmente en caso de liberados de prisión¹⁶⁹; y ha comenzado una actuación específica de atención a las situaciones de dependencia¹⁷⁰ y de integración de

poverty line being redrawn»; cfr. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pág. 47.

¹⁶⁴ Vid. G. PERRIN, *La Seguridad Social y la pobreza en los países desarrollados*, RSS, nº 41, 1989, pp. 9 y ss.

¹⁶⁵ Vid. art. 14 Ley de Andalucía 2/1988, de 4 abril, de normas reguladoras de servicios sociales; art. 18 Ley de Aragón 4/1987, de 25 marzo, de ordenación de la acción social; art. 13 Ley de Castilla-La Mancha 3/1986, de 16 abril, de normas reguladoras de servicios sociales.

¹⁶⁶ Vid. Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico (BOE de 28 de diciembre de 2005); art. 6 Ley del País Vasco 10/2000, de 27 diciembre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales; art. 4 Ley Foral de Navarra 9/1999, de 6 abril, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales.

¹⁶⁷ Vid. art. 2 Ley de Canarias 9/1987, de 28 abril, de normas reguladoras de servicios sociales; art. 12 Ley de Cantabria 5/1992, de 27 mayo, de acción social; art. 3 Ley de Castilla y León 18/1988, de 28 diciembre, de normas reguladoras de acción social y servicios sociales; art. 4 Ley de la Generalitat de Cataluña 4/1994, de 20 abril, de administración institucional, descentralización, desconcentración y coordinación del sistema de servicios sociales.

¹⁶⁸ Vid. art. 7 Ley de Galicia 4/1993, de 14 abril, de normas reguladoras de los servicios sociales.

¹⁶⁹ Vid. art. 12 Ley de Extremadura 5/1987, de 23 abril, de normas reguladoras de servicios sociales.

¹⁷⁰ VIII.5.

los extranjeros y de las minorías étnicas¹⁷¹. Las prestaciones económicas se complementan con prestaciones de carácter técnico, que proporcionan asesoramiento y apoyo, no sólo psicológico o anímico, sino incluso jurídico, tanto en centros especializados como incluso a domicilio¹⁷².

En cualquier caso, la Seguridad Social y la Asistencia Social están limitadas por un elemento geográfico o territorial, aunque de extensión diferente. Las fronteras estatales marcan los límites de actuación del Sistema de Seguridad Social, mientras que la Asistencia Social, como instrumento autonómico, se dirige a los residentes en la Comunidad Autónoma correspondiente; las limitaciones por razón de nacionalidad también se han suprimido en la dispensación de beneficios de Asistencia Social¹⁷³, porque lo determinante es el estado de necesidad.

La protección social, como se dijo¹⁷⁴, engloba la Seguridad Social, la Asistencia Social y cualesquiera otras medidas de carácter público que pretendan remediar las consecuencias de la actualización de un riesgo social. El ámbito subjetivo de la protección social, por consiguiente, es muy amplio, pero quedan excluidos todos los sujetos que no se encuentren comprendidos en una de esas fórmulas públicas. Finalmente, las mutualidades de previsión social, o cualesquiera formas de previsión social complementaria o aseguramiento privado, proporcionan asimismo atención frente a las situaciones de necesidad, pero en último término constituyen manifestaciones de previsión social privada, no equiparable a la previsión social pública que evolucionó hasta convertirse en el Sistema de Seguridad Social. Se trataría, a la postre, de asistencia complementaria, que a tenor del art. 41 CE es libre.

7- El carácter nacional de los sistemas de Seguridad Social: una perspectiva de derecho comparado

La Seguridad Social es una institución firmemente asentada en la sociedad actual, y por ello, de una u otra forma, existe en todos los países con un cierto grado de

¹⁷¹ Vid. arts. 14 y 15 Ley de Murcia 3/2003, de 10 abril, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

¹⁷² Vid. art. 16 Ley de la Comunidad de Madrid 11/2003, de 27 marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; art. 9 Ley de las Islas Baleares 9/1987, de 11 febrero, de normas reguladoras de acción social; art. 12 Ley de la Generalitat Valenciana 5/1997, de 25 junio, por el que se regula el sistema de Servicios Sociales; art. 28 Ley de La Rioja 1/2002, de 1 marzo, de Servicios Sociales; arts. 7 y 8 Ley del País Vasco 5/1996, de 18 octubre, por la que se establecen las normas reguladoras de servicios sociales.

¹⁷³ Vid. art. 1 Ley Foral de Navarra 14/1983, de 30 marzo, por la que se regulan los servicios sociales.

desarrollo. Desde instancias internacionales, como la OIT, se impulsa la evolución de sistemas de Seguridad Social y se reconoce al individuo el derecho a disfrutar de sus beneficios. Sin embargo, y pese a que la globalización es un fenómeno armonizador, que coadyuva a la aproximación cultural y de intereses, y que genera problemas socio-económicos y respuestas jurídicas similares en los países que se encuentran en la misma coyuntura, los sistemas de Seguridad Social son especialmente sensibles al entorno, y la comparación abstracta entre ellos no proporciona conclusiones definitivas. Es cierto que en algunas parcelas los problemas y soluciones son comunes, como sucede con la «crisis» de la Seguridad Social en los países del llamado Primer Mundo¹⁷⁵, pues ante el envejecimiento de la población se proponen reformas similares en la pensión de jubilación (elevación de la edad de acceso, incremento de las cotizaciones, etc.)¹⁷⁶.

Peró^h esas circunstancias más o menos análogas no se traducen en un ámbito subjetivo idéntico. Es claro que no cabe comparación entre el campo de aplicación de un modelo profesional y el de un modelo universalista, porque los puntos de partida son diferentes. El cotejo entre dos modelos de inspiración *beveridgeana*, si son auténticamente universales, sólo procede con el propósito de comprobar el alcance de la acción protectora, y no verdaderamente la identidad en el campo de aplicación personal, que se presupone. La confrontación entre dos modelos de corte contributivo, y el Sistema español responde a esos cánones, tampoco ofrece soluciones, sino pautas o

¹⁷⁴ I.1.

¹⁷⁵ Desde hace décadas se alude a una «*crisis of enormous proportions that has economic, political, and social dimensions that go well beyond actuarial deficits*», que habrá de desembocar en una reducción de la intensidad de la acción protectora pública y en una correlativa expansión de la previsión social complementaria; cfr. C.L. WEAVER, *The crisis in Social Security. Economic and political origins*, Duke Press Policy Studies, Durham, 1982, pág. 180; también, A. OJEDA AVILÉS, *La Seguridad Social y su futuro: ¿ajusto o reconversión?*, RMTAS, nº 59, 2005, pp. 59 y ss.; M.C. GONZÁLEZ RABANAL, *La crisis de la Seguridad Social*, RPS, nº 148, 1985, pp. 63 y ss. Los análisis demográficos son el principal sustento de las modificaciones restrictivas; vid. CONSEJO DE EUROPA, «Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante», en AA.VV., *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 111 y ss.; M. FELDSTEIN y H. SIEBERT, *Social Security pension reform in Europe*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 1 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Algunas notas sobre la crisis del régimen público de seguridad social*, REDT, nº 87, 1998, pp. 21 y ss.; J.L. MONEREO PÉREZ, *El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados*, REDT, nº 88-89, 1998, pp. 197 y ss. No obstante, el sombrío futuro es desmentido o relativizado por otros autores, que califican esa presunta crisis como «*illusion*»; cfr. D. BAKER y M. WEISBROT, *Social Security: the phony crisis*, University of Chicago, Chicago, 1999, pág. 21. En parecido sentido, vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La reforma del sistema de pensiones en España*, TL, nº 48, 1998, pp. 12-13; F. GÓMEZ FERREIRO, «Líneas actuales de política general en materia de Seguridad Social», en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 32 y ss. A la postre, «el «catastrofismo», en el que nos hemos instalado, tiene una lectura «liberal» de marcado carácter insolidario»; cfr. J.L. TORTUERO PLAZA, *Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa*, Tribuna Social, nº 107, 1999, pág. 9.

¹⁷⁶ Vid. A.H. BÖRSCH-SUPAN y M. MIEGEL, *Pension reform in six countries. What can we learn from each other?*, Springer, Heidelberg, 2001, pp. 13 y ss.

líneas de tendencia, porque el desarrollo económico es un condicionante fundamental de los sistemas de Seguridad Social, cuya extensión personal y objetiva depende de las posibilidades presupuestarias¹⁷⁷.

No hay dos contextos sociales, jurídicos y económicos idénticos, y por ello el ámbito subjetivo de los sistemas de Seguridad Social es diferente¹⁷⁸. Los modelos contributivos se gestaron con el propósito de proteger al trabajador asalariado, y a partir de ese reducido núcleo se han ido expandiendo progresivamente hasta alcanzar la universalidad profesional y, en su caso, amparar a sujetos en estado de necesidad aunque no realicen un trabajo que justifique el ingreso en el campo de aplicación de la modalidad contributiva. Ese paulatino desarrollo depende no sólo de las expectativas de los ciudadanos y de la voluntad de los poderes públicos, sino, y sobre todo, de las disponibilidades financieras. Los mecanismos de protección social incrementan el número de personas comprendidas en la medida que las circunstancias lo permiten. Las diferencias culturales, sociales y de desarrollo económico entre las distintas zonas geográficas, e incluso entre los países que se encuentran en el mismo entorno, explica que cada sistema de Seguridad Social se halle en un estadio diferente de su evolución, y que, por consiguiente, los avances cualitativos no tengan lugar hasta que las circunstancias de cada sistema los hacen viables.

El análisis de derecho comparado en materia de Seguridad Social requiere un «necesario distanciamiento»¹⁷⁹, a riesgo de incurrir en el error –a veces consciente-¹⁸⁰ de solicitar modificaciones con base en una comparación meramente parcial –y formal– con otro sistema, sin tomar en consideración la situación global de ambos, sus posibilidades económicas, jurídicas y fácticas, ni las aspiraciones de sus ciudadanos. En esos términos, los sistemas de Seguridad Social son realidades individuales globalmente

¹⁷⁷ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA y O. DEL ÁGUILA CAZORLA, *Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate*, RMTAS, nº 54, 2004, pp. 53 y ss.

¹⁷⁸ Para analizar determinadas decisiones en materia de Seguridad Social «it would appear more useful to examine existing systems and to establish whether they came about in a comparable context, or whether they have proven satisfactory in the course of their development history. There can, of course, never be an identical context, for the simple reason that history does not repeat itself. Another reason for caution consists in the fact that systems of social security always work under the conditions of the respective national legal framework. In interpreting (inter)national examples of development processes undergone by social security systems, it should therefore never be forgotten that these systems do not stand outside the respective national (legal) culture, and that they are always the result of an historical development which is peculiar to the nation concerned in each case»; cfr. P.A. KÖHLER, “Historical context and origins of Social Security Systems”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pág. 24.

¹⁷⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Presentación”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pág. XI.

incomparables, porque no existen dos contextos idénticos, sino que cada sociedad tiene sus propias inquietudes y ambiciones, y es claro que «la frecuencia mayor o menor de los fenómenos jurídicos determina el grado de especificidad de su regulación por el Derecho promulgado»¹⁸¹. Las referencias a derecho comparado cuentan en Seguridad Social con escasa utilidad en el plano de la interpretación de normas internas y podrían plantearse, a lo sumo, como propuestas de *lege ferenda*. Por lo general, las alusiones a otros sistemas de Seguridad Social permiten recabar datos sobre soluciones adoptadas en otros países para problemas concretos que allí se han planteado, pero ni todas las dificultades adquieren dimensión internacional ni todos los remedios pueden generalizarse. De las comparaciones entre sistemas de Seguridad Social no se derivan conclusiones definitivas, sino, a lo sumo, indicios, pautas de actuación y líneas de tendencia.

En cualquier caso, no conviene olvidar que «más de la mitad de la población activa mundial y las personas que dependen de ella» se encuentran en situación de desamparo¹⁸². Es cierto que prácticamente todos los países en vías de desarrollo cuentan con mecanismos de protección contra riesgos sociales, y en particular con seguros sociales. El contexto en esos Estados es similar, en cierto modo, al de los países de Europa Occidental hace un siglo, por la creciente industrialización y los problemas que ello genera en la clase obrera. En consecuencia, en esos Estados no hay una verdadera autonomía entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, sino una íntima conexión entre ambas ramas, porque los seguros sociales se dirigen a proteger riesgos típicamente laborales¹⁸³, pero se encuentran con dificultades para proporcionar una adecuada cobertura.

Entre las razones que explican el alto porcentaje de personas desprotegidas destaca la desconexión que existe entre la delimitación formal del campo de aplicación de los seguros sociales y los sujetos que efectivamente se encuentran comprendidos; la economía informal, a la postre, constituye la principal causa de exclusión de la

¹⁸⁰ Vid. A. EUZÉBY, *Prélèvements obligatoires et protection social: les pièges des comparaisons internationales*, Droit Social, n° 1, 2003, pág. 96.

¹⁸¹ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, *El contrato de intercambio de servicios*, Revista de Derecho del Trabajo, n° 21, 1957, pág. 33.

¹⁸² Cfr. C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, pág. 300.

¹⁸³ En El Salvador, por ejemplo, el propio Código de Trabajo de 31 de julio de 1972 establece las medidas reparadoras por la pérdida del salario a consecuencia de enfermedad, maternidad y accidente (arts. 307 y ss), mientras que el Decreto Legislativo n° 927, de 19 de diciembre de 1996, crea un sistema de capitalización para el pago de las pensiones de vejez y de incapacidad y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes.

Seguridad Social en estos países con un menor grado de desarrollo económico¹⁸⁴. Pero hay otras muchas circunstancias que inciden, pues las limitaciones pueden incluso provenir de las reticencias de los poderes públicos a incrementar los costes sociales para facilitar las inversiones de capital extranjero y potenciar la economía¹⁸⁵. El estricto cumplimiento de la normativa debería provocar una sustancial expansión del campo de aplicación de los seguros sociales, pero las dificultades técnicas, económicas e incluso sociológicas, por la falta de unidad y en definitiva de conciencia de clase de los trabajadores, impiden el desarrollo de la previsión social¹⁸⁶.

Los seguros sociales son formalmente obligatorios en estos países, pero su ámbito subjetivo se circunscribe a los trabajadores de la industria y los servicios, y aun entre ellos se producen exclusiones¹⁸⁷; los empleados de hogar, por ejemplo, suelen quedar al margen de los seguros sociales, o al menos de algunas ramas de protección¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Vid. R.A. BEATTIE, *Protección social para todos, pero ¿cómo?*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 119, n° 2, 2000, pp. 141 y ss. Concretamente, en El Salvador el programa de pensiones protege al 26 por 100 de la población activa, mientras que el seguro de accidentes de trabajo sólo alcanza al 19'2 por 100 de ese colectivo; vid. R. DE SOLÓRZANO y V. RAMÍREZ, "Seguridad Social básica en El Salvador", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 177 y ss. Por su parte, la India cifra la cobertura subjetiva de sus mecanismos de previsión social en el 13 por 100 de los trabajadores. vid. S. JAIN, "Seguridad Social básica en la India", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 55 y 56. En Tanzania, el seguro social cubre escasamente a un 3 por 100 de su población; vid. P. KAMUZORA, "Extensión de los regímenes formales de Seguridad Social en la República Unida de Tanzania", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pág. 117. En Benin, la extensión subjetiva de la protección social es similar a la de Tanzania, y únicamente comprende al 5 por 100 de los trabajadores; vid. B. GAUTHÉ, "Seguridad Social para el sector no estructurado en Benin", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 199 y ss. Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de Egipto y, en general, de todos los países en vías de desarrollo; vid. M. LOEWE, *Social Security in Egypt: an analysis and agenda for policy reform*, en www.erf.org.eg/uploadpath/pdf/2024.pdf.

¹⁸⁵ En China se establece un orden de preferencia por motivaciones políticas para la expansión de la Seguridad Social: «la primera prioridad debe ser la cobertura de las empresas de capital extranjero, de las empresas privadas y de sus trabajadores (incluidos los trabajadores rurales migrantes), y luego, la cobertura de los trabajadores por cuenta propia». El temor a que el incremento del gasto social implique la huida de las empresas privadas supone que hasta el momento sólo estén obligatoriamente incluidos en los seguros sociales los trabajadores de las empresas públicas; cfr. X. HU, "Extensión de la cobertura de la protección de la Seguridad Social en China", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 100 y 109-110. También, Y. ZHU, *Evolución reciente de las reformas de la Seguridad Social en China*, Revista Internacional de Seguridad Social, n° 4, 2002, pp. 45 y ss.; A. HU, *Reforma del Sistema de Seguridad Social de China: hechos y perspectivas*, Revista Internacional de Seguridad Social, n° 3, 1997, pp. 53 y ss.

¹⁸⁶ Vid. M. JENKINS, *Extensión de la protección social a toda la población: problemas y planteos*, Revista Internacional de Seguridad Social, n° 2, 1993, pág. 8.

¹⁸⁷ Vid. S. GUHAN, *Opciones de los países en desarrollo en materia de Seguridad Social*, Revista Internacional del Trabajo, Volumen 113, n° 1, 1994, pp. 37 y ss.; A. MOUELHI, *Dificultades para la extensión de la Seguridad Social al sector agrícola de Túnez*, Revista Internacional de Seguridad Social, n° 4, 1993, pp. 27 y ss.

¹⁸⁸ En Argentina no están comprendidos en las asignaciones familiares, como dispone el art. 2 Ley de la República Argentina 24.714, de 2 de octubre de 1996. La Ley mexicana de Seguro Social, de 12 de diciembre de 1995, no los declara expresamente comprendidos, sino que les concede la facultad de

Las restantes actividades profesionales, y las personas sin recursos, no están comprendidas en la previsión social pública de carácter obligatorio, aunque algunos países prevén expresamente la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de los seguros sociales, condicionando legalmente esa decisión al contexto económico¹⁸⁹.

Las dificultades para proceder a una extensión del campo de aplicación del Sistema con carácter obligatorio han provocado la exclusión de la previsión social de los trabajadores autónomos¹⁹⁰. En algunos ordenamientos la exclusión es absoluta¹⁹¹, mientras que en otros se habilita alguna puerta de entrada a los seguros sociales. El acceso tiene lugar a través de dos vías: la primera consiste en la equiparación con los asalariados de los autónomos de reducida capacidad económica, por entender que su

incorporarse voluntariamente. Su exclusión, total o parcial, de los mecanismos públicos de protección social se debe frecuentemente a que el ordenamiento en cuestión no considera al empleado de hogar como trabajador asalariado. Sin embargo, no siempre existe esa estrecha correlación. A modo de ejemplo, el art. 7 del Decreto-Ley brasileño nº 5.452, de 1 de mayo de 1943, por el que se aprueba la Consolidación de las Leyes de Trabajo, entiende que los empleados de hogar no son trabajadores asalariados, y la norma que regula esa relación, la Ley nº 5.859, de 11 de diciembre de 1972, tampoco califica el vínculo como laboral; empero, el art. 12.11 Ley Orgánica de la Seguridad Social brasileña (Ley nº 8.212, de 24 de julio de 1991) declara obligatoriamente comprendido en el Sistema al «*empregado doméstico*».

¹⁸⁹ Así sucede en Honduras. El art. 3 de la Ley del Seguro Social y el Decreto nº 080-2001, de 1 de junio de 2001, declara comprendidos en el seguro social a los trabajadores asalariados y a los funcionarios. Sin embargo, el art. 4.b) ha retrasado la incorporación al Sistema de determinados colectivos hasta que «los estudios actuariales y de Factibilidad lo permitan»; entre ellos destacan los «servidores domésticos», los trabajadores a domicilio, los trabajadores ocasionales y de temporada, los deportistas, estudiantes y religiosos, así como los pequeños autónomos. En el mismo sentido, el art. 27 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (aprobada por Decreto del Congreso de la República de Guatemala nº 295 de 30 de octubre de 1946) prevé una incorporación gradual de los ciudadanos al sistema de Seguridad Social en función de la situación económica (apuntando ciertos criterios a modo de orden de prelación). Por su parte, el art 41 de la Constitución de la India, de 26 de noviembre de 1949, impone al Estado el deber de prestar asistencia pública, si bien la eficacia de ese mandato debe ajustarse a las posibilidades presupuestarias (*within the limits of its economic capacity and development*). En su virtud, el art. 99 de la *Employees' State Insurance Act* de 1948 (dirigida a empresas de más de diez trabajadores) posterga la extensión de la asistencia sanitaria a los familiares del sujeto comprendido hasta que las disponibilidades económicas lo permitan (*at any time when its funds so permit, the Corporation may provide or contribute towards the cost of medical care for the families of insured persons*).

¹⁹⁰ La exclusión, total o parcial, o bien la limitación de la acción protectora, son características del trato dispensado a los autónomos por el Sistema de Seguridad Social que aún hoy se aprecian sin dificultad tanto en España como en el extranjero; vid. D. BIKKAL, *Las instituciones de previsión social de los trabajadores independientes en Italia*, RISS, nº 1, 1957; M.R. LUPERTI, «*Tutela previdenziale e lavoro autonomo*», en R. PESSI, *La reforma del sistema previdenziale*, CEDAM, Pádova, 1995, pp. 271 y ss.; A. CORDEN, *Los trabajadores independientes en el Reino Unido: ¿incluidos o excluidos?*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999, pp. 35 y ss.; R. JANVIER, «*La protection sociale des agents publics en Belgique*», en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993, pág. 81; P. SCHOUKENS, «*Atypical and marginal work: finding the balance between neutrally defined basic rules and professionally linked application rules*», en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 156 y ss.; C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, pp. 315 y ss.; D. WILLIAMS, *Los trabajadores independientes: previsión para los que proveen a su propia ocupación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999, pp. 7 y ss.

situación es equivalente; la segunda, destinada al resto de autónomos, implica la concesión de un derecho de afiliación voluntaria. El seguro facultativo es la vía de incorporación de los trabajadores autónomos a la previsión social en muchos países de América Central y del Sur¹⁹², y también se encuentran ejemplos en otras zonas geográficas, como Asia¹⁹³. La incorporación voluntaria de determinadas categorías de sujetos a través del seguro facultativo constituye paradójicamente una muestra de las dificultades para extender el ámbito subjetivo de los seguros sociales¹⁹⁴, porque la voluntariedad provoca la exclusión *de facto* de un porcentaje importante de los sujetos que pueden optar¹⁹⁵.

Los países desarrollados, con una economía más sólida, han superado esta clase de problemas. Algunos han preferido establecer sistemas de Seguridad Social universalistas, como sucede en Europa con Gran Bretaña y los países nórdicos, en Asia con Japón, y en Oceanía con Australia y Nueva Zelanda. En ellos se garantiza una renta

¹⁹¹ V.gr. Marruecos, en virtud del *Dahir* (en Marruecos «*Dahir*» designa el decreto, reglamento o edicto aprobado por el Rey y publicado por su nombre; vid. <http://www.arabespanol.org/cultura/glosario.htm>) que contiene la Ley nº 1-72-184, de 27 de julio de 1972.

¹⁹² La Ley colombiana 100, de 23 de diciembre de 1993, por la que se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, afirma que el «Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la Seguridad Social» (art. 3). Sin embargo, la afiliación únicamente se convierte en obligatoria para los trabajadores asalariados y los funcionarios; por su parte, «los trabajadores independientes y en general todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente Ley», así como «los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro», pueden incorporarse voluntariamente al Sistema (art. 15). En el mismo sentido, el art. 2 de la Ley venezolana del Seguro Social, de 30 de septiembre de 1991, remite al «seguro social facultativo» para la protección de los «trabajadores no dependientes y para las mujeres no trabajadoras con ocasión de la maternidad», y el art. 6 de la Ley del Subsistema de Pensiones, de 13 de diciembre de 2001, también considera voluntaria la incorporación de los trabajadores autónomos. En Costa Rica, la Ley nº 17, de 22 de octubre de 1943, constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, permite la afiliación voluntaria de los autónomos al seguro social, pues de otra manera quedarían excluidos; en Bolivia, el art. 24 de la Ley nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de pensiones, declara obligatoria la inclusión para los asalariados, y dispone a continuación que «las personas sin relación de dependencia laboral pueden afiliarse al seguro social obligatorio de largo plazo mediante el pago de su primera cotización». En Chile, finalmente, el art. 89 del Decreto Ley nº 3.500 de 1980 admite la afiliación voluntaria al régimen de capitalización para la pensión de jubilación de quien «ejerza una actividad mediante la cual obtiene un ingreso».

¹⁹³ El art. 4.4 de la *Social Insurance Law* de Arabia Saudí [Decisión del Consejo de Ministros nº 199 de 13 de noviembre de 2000] permite la afiliación voluntaria a la rama de pensiones de vejez, invalidez y muerte y supervivencia de los autónomos o de los emigrantes.

¹⁹⁴ Vid. A. MONTROYA MELGAR y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La protección social pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico*, REDT, nº 120, 2003, pág. 795; J. APARICIO TOVAR, *La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo*, RDS, nº 19, 2002, pág. 26.

¹⁹⁵ Vid. J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 50 y ss.

mínima universal a todo ciudadano que acredite encontrarse en estado de necesidad¹⁹⁶, a la par que se ha implantado un sistema de asistencia y servicios sociales muy desarrollado. Sin embargo, el importe de las prestaciones económicas se reduce a un mínimo vital que no proporciona una verdadera renta sustitutiva del salario, haciendo imprescindible la previsión social complementaria.

Por su parte, los Estados del Primer Mundo que han optado por un modelo profesional contributivo han incluido ya en esos mecanismos a la práctica totalidad de personas que desarrollan una actividad profesional¹⁹⁷, y el debate, desde la perspectiva del ámbito subjetivo, se centra en la conveniencia y posibilidad de crear mecanismos de protección no contributivos. De una u otra forma, todos esos Estados cuentan con instrumentos tuitivos para remediar el estado de necesidad de la población inactiva, porque la Asistencia Social y los servicios sociales han ganado protagonismo en las últimas décadas. Cuestión distinta es que la atribución de la competencia para regular esas prestaciones pueda plantear dudas en Estados donde los entes territoriales tienen capacidad normativa, al igual que sucede en España¹⁹⁸.

La universalidad subjetiva constituye cada vez más una aspiración que expresamente se refleja en los textos constitucionales¹⁹⁹. La fórmula más adecuada para conseguir ese propósito consiste en reconocer una renta mínima garantizada ante situaciones de debilidad económica²⁰⁰; a pesar de las peticiones en tal sentido²⁰¹, los modelos contributivos se resisten a dar ese paso, por la incertidumbre sobre la

¹⁹⁶ Por ejemplo, el *Income Support* británico; vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 187 y ss.; A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pp. 450 y ss.; C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, pp. 167 y ss.; E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Income Support. Una prestación de garantía mínima para ciertos grupos de ciudadanos*, RTSS (CEF), nº 207, 2000, pp. 12 y ss.

¹⁹⁷ Las excepciones resultan escasas, aunque en ocasiones significativas. En Holanda, por ejemplo, la objeción de conciencia puede invocarse para quedar excluido del Sistema; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 248.

¹⁹⁸ En Bélgica, Estado federal, es competencia del Estado en sentido estricto no sólo la Seguridad Social de forma prácticamente integral, sino también la Asistencia Social, aunque respecto de esta última las Comunidades (flamenca, francesa y de habla alemana) pueden establecer medidas complementarias y crear nuevas prestaciones; vid. S. VANSTEENKISTE, "La protección familiar en la Seguridad Social belga", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 67 y 74 y ss.

¹⁹⁹ Por ejemplo, el art. 63 de la Constitución portuguesa afirma que «todos tienen derecho a la Seguridad Social».

²⁰⁰ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 465 y ss.; E. ROJO TORRECILLA, *La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias*, TL, nº 17, 1990, pp. 57 y ss.

repercusión que dicha medida podría tener en el mercado de trabajo. La mayoría prefiere acudir a mecanismos de incorporación voluntaria, pero no para quienes realicen una actividad protegida, que estarán obligatoriamente comprendidos en el sistema, sino para el resto de ciudadanos, dotando así al sistema de Seguridad Social de una universalidad potencial²⁰².

²⁰¹ Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 185 y ss.

²⁰² El art. 28 de la Ley portuguesa 32/2002, de 20 de diciembre, de Bases de Seguridad Social, declara obligatoriamente comprendidos en el «subsistema previsional» a los trabajadores asalariados y autónomos, permitiendo la incorporación voluntaria del resto de personas; en Suiza, el art. 1.4 de la Ley Federal de 20 de diciembre de 1946, sobre el seguro de vejez y de muerte y supervivencia (que se aplica por remisión al seguro de invalidez regulado en la Ley Federal de 19 de junio de 1959), admite la adhesión a ese seguro social de todos los residentes y del cónyuge residente en el extranjero de un sujeto comprendido en el sistema por realizar una actividad lucrativa en Suiza; y en Alemania, los seguros sociales admiten la afiliación voluntaria de todos los residentes, posibilidad que estadísticamente ha beneficiado a quienes se dedican al cuidado de su propio hogar; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 27-29.

CAPÍTULO II- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ÁMBITO SUBJETIVO

El ser humano ha de cubrir una serie de necesidades para garantizar su subsistencia; y en ocasiones, por circunstancias diversas, no es capaz de conseguir los bienes y/o recursos necesarios para ello. De ahí que instrumentos de solidaridad o ayuda mutua, más o menos institucionalizados, existan incluso desde la época romana¹, y perviven todavía tanto en los países menos desarrollados a modo de única o principal vía tuitiva², como en el llamado «Primer Mundo», con una dimensión más residual y complementaria³. Esas fórmulas constituyen el precedente de los mecanismos públicos de protección contra riesgos sociales, que nacieron a finales del siglo XIX con el propósito de paliar las consecuencias de la industrialización en el proletariado.

1- La «cuestión social» como punto de partida

La legislación laboral y la de seguridad social tienen un origen ciertamente próximo, pues el detonante del intervencionismo estatal en estas materias data de la II Revolución Industrial⁴. Las insalubres condiciones de vida y trabajo que padecieron los trabajadores durante ese período generaron tal insatisfacción, que desembocaron en protestas colectivas organizadas, ante la constatación de que esa vía les concedía mayor fuerza⁵. Surgió así el movimiento obrero, altamente reivindicativo, y a menudo violento,

¹ Vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 9-24; L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 18; A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 21-97; J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pp. 26 y ss.

² Vid. W. VAN GINNEKEN, “Superación de la exclusión social”, en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 25 y ss.

³ Sobre la situación en Alemania de las organizaciones de carácter voluntario que proporcionan ciertos servicios sociales, vid. B. SCHULTE, “Types of benefits and services”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 202 y ss. Solicita el impulso de estas organizaciones en los Estados de la Europa central y oriental R.A. BEATTIE, “Types and forms of social benefits: choices facing the former socialist countries”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 233-234.

⁴ A modo de ejemplo, vid. M.L. RAMAS VARO, *La protección legal de la infancia en España*, CES, Madrid, 2001, pp. 71 y ss.; J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 16 y ss.

⁵ Vid. A. POSADA, “El Derecho y la cuestión social”, en A. MENGER, *El Derecho Civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, pp. 65-66.

modo de actuación que se veía alimentado por la frecuente consecución de resultados positivos⁶.

En estos términos, la “cuestión social” cobró carta de naturaleza en la segunda mitad del siglo XIX, y provocó un intenso debate en todos los estamentos de la sociedad, y principalmente en las clases dirigentes. En este contexto surgió la legislación social, en un principio muy focalizada (mejora de las condiciones de trabajo de mujeres y menores), pero que ampliaría rápidamente sus objetivos⁷. Al margen de la protección contra los accidentes de trabajo, legítima y principal preocupación en todos los Estados, también se fue aceptando la necesidad de crear mecanismos de amparo para los trabajadores que por razones naturales (vejez) o casuales (incapacidad por accidente o enfermedad) se viesan imposibilitados para alcanzar unos niveles de ingresos que garantizasen la subsistencia⁸.

El origen de la previsión social no se explica, al menos únicamente, por la concienciación de las clases dirigentes sobre la necesidad de proteger a los trabajadores ante los riesgos laborales, sino, y en gran medida, por el intento de apaciguar la cada vez mayor agitación del movimiento obrero⁹. En consecuencia, los primeros Estados que instituyeron medidas de previsión social tenían un carácter marcadamente conservador; la legislación social se convertía en una especie de contrapartida por el mantenimiento de poder de las clases altas, de modo que «su sentido político de contención social contrarrevolucionario (en este caso selectivo) quedaba fuera de toda duda»¹⁰.

Con algún tímido antecedente¹¹, la previsión social nació en la Alemania de Bismarck a finales del siglo XIX, en un ambiente marcado por la hostilidad y la

⁶ Vid. G. ARCE CANO, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, Ed. Porrúa, México, 1972, pág. 31.

⁷ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 107 y ss.; B. GONZALO GONZÁLEZ, *La protección social: perspectiva histórico-crítica*, Foro de Seguridad Social, nº 3, 2001, pp. 4 y ss.

⁸ Vid. A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 99-125; También, P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 76-101.

⁹ «Il ricorso alla beneficenza pubblica e privata dapprima, e poi all'assistenza pubblica o sociale, veniva considerato una soluzione ultima, più a garantire la conservazione dell'ordine pubblico, che a realizzare la tutela di chi si trovava in condizioni di bisogno»; cfr. M. PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pág. 6.

¹⁰ Cfr. J. VIDA SORIA, *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*, RL, nº 22, 2001, pág. 18.

¹¹ La influencia de Robespierre –que recogía la propuesta hecha por Target en 1789- llevó al art. 21 de la Constitución francesa de 1793 a afirmar que los socorros necesarios para hacer frente a la indigencia eran una deuda de los ricos hacia los pobres, y que pertenecía a la ley determinar la manera en que debía darse cumplimiento a esa obligación; vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA,

violencia¹². La ilegalización del Partido Socialdemocrático Obrero y la persecución de sus líderes no varió en gran medida el panorama¹³, por lo que Bismarck abandonó posiciones radicales en aras de la paz, y para ello «se apoyó en el socialismo de cátedra¹⁴, creado en el Congreso de Eisenach de 1872, y propugnador de un socialismo de Estado que se adelantase a todo posible movimiento revolucionario»¹⁵. En definitiva, consideró conveniente la adopción de algunas de las medidas reclamadas por los dirigentes obreros para alcanzar así la paz social¹⁶, pues existía «la convicción de que la sociedad y el Estado burgueses han de proteger al trabajador, en cuanto ser desvalido y necesitado de tutela, y la convicción paralela de que la sociedad y el Estado burgueses han de protegerse frente a la amenaza de los trabajadores unidos en asociaciones»¹⁷.

En este marco, Bismarck anunció en el Mensaje al *Reichstag* de 17 de noviembre de 1881¹⁸ el interés del Estado por garantizar ciertos estándares de bienestar para los asalariados, auténticos «soldados del trabajo»¹⁹, pretensión que se plasmó en

Compendio de Seguridad Social, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 20; F. DE FERRARI, *Los principios de la Seguridad Social*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1972, pág. 81.

¹² Cfr. F. MANRIQUE LÓPEZ, *La reforma de la Seguridad Social*, RPS, n° 146, 1985, pág. 54.

¹³ Vid. J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 70-71; M. ALONSO GARCÍA, *Contrato de trabajo y Seguridad Social*, RISS, n° 6, 1955, pp. 1015 y ss.

¹⁴ «Mal llamado así porque no era, en realidad, otra cosa que la manifestación moderna de orientaciones análogas a las que habían inspirado, en los siglos XVII y XVIII, aquel Estado paternal, que fue denominado más tarde despotismo ilustrado»; cfr. L. JORDANA DE POZAS, *La Seguridad Social en el orden internacional*, RISS, n° 4, 1954, pág. 610. Un análisis de las concepciones filosóficas que alimentan las reivindicaciones sociales en el siglo XIX puede encontrarse en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su formación histórica», en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996, pp. 33-46; también, J. PÉREZ LEÑERO, *Fundamentos de la Seguridad Social*, Aguilar, Madrid, 1956, pp. 77-86.

¹⁵ Cfr. J.L. PESET, *Capitalismo y medicina; ensayo sobre el nacimiento de la Seguridad Social*, en *Estudios de Historia Social*, número 7, 1978, pág. 190.

¹⁶ «La política social entendida como antídoto del socialismo revolucionario», en palabras de F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 15. En el mismo sentido, vid. G. BAYÓN CHACÓN, «Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social», en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pp. 94 y 96-97; H. GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nuevas orientaciones del Derecho. Cuestiones y leyes sociales contemporáneas, con especial aplicación a España*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, n° 102, 1903, pp. 351-354.

¹⁷ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975, pág. 11.

¹⁸ Se puede consultar el texto de este Mensaje en M. ALONSO OLEA, *Cien años de Seguridad Social*, Papeles de Economía Española, n° 12-13, 1982, pp. 117-118; extensamente sobre la génesis del seguro social, vid. G.A. RITTER, *La situación hace cien años: el nacimiento de los seguros sociales en Alemania y en Inglaterra*, RSS, n° 15, 1982, pp. 435 y ss.

¹⁹ Vid. M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 123-124. Es una concepción también presente en las normas españolas, como demuestra este pasaje del Preámbulo del Real Decreto de 11 de enero de 1887, mediante el que se constituía un asilo para inválidos del trabajo: «Dignos son del amparo que la Nación concede a los que la sirven y de las cristianas iniciativas de V.M. los inutilizados en el trabajo; ya que ellos con su esfuerzo contribuyen a la riqueza nacional, aumentan el bienestar público y afirman la seguridad de mejores tiempos y de mayores

los denominados seguros sociales obligatorios²⁰, que trasladaban a la protección social la técnica del seguro privado²¹. Tras ese anuncio, comenzó la promulgación de leyes destinadas a la formación de un Sistema de Seguros Sociales. De esta forma, la Ley de 15-6-1883 instauró el Seguro Social de Enfermedad; la Ley de 6-7-1884, el de Accidentes de Trabajo; la Ley de 22-6-1889, el de Invalidez-Vejez; y, por último, la Ley de 19-7-1911 el Seguro Social de Supervivencia. En un afán de coordinación, se decidió refundir todos ellos en un Código de Seguros Sociales²², de 19-7-1911²³.

En sus orígenes, la cobertura se extendía únicamente a los obreros de la industria, y no, por tanto, a los empleados o trabajadores intelectuales. Solamente con el tiempo se beneficiaron de estas medidas el resto de trabajadores por cuenta ajena – trabajadores de cualquier sector de actividad, fueran obreros o empleados, y con independencia de sus ingresos-, que se incorporaron paulatinamente a los seguros sociales, como también aconteció con algún trabajador autónomo de reducida capacidad económica²⁴.

El sistema de seguros sociales tuvo gran repercusión en los países industrializados²⁵, y se expandió sobre las bases establecidas en la legislación

adelantos. Soldados de la industria, deben ser, como los que caen en los campos de batalla, objeto de piadosa solicitud».

²⁰ Vid. M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pág. 123.

²¹ Vid. M. ALONSO OLEA, *Cien años de Seguridad Social*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 108; M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 32 y ss. Acerca de la naturaleza del seguro social y de su distinción de figuras afines como el seguro mercantil o la asistencia pública, vid. S. AZNAR, *Los Seguros Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pp. 5-84; B. SCHULIN, “*Models and instruments of Social Security*”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 139 y ss.

²² *Reichsversicherungsordnung, RVO*.

²³ El desempleo no fue un problema en Alemania hasta después de la Gran Guerra, con lo que el Seguro de Paro se demoró hasta una Ley de 16-7-1927; este seguro desaparecería en tiempos de Hitler, que emprendió una decidida política de orientación, formación profesional y colocación de parados; vid. P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 123.

²⁴ A modo de ejemplo, el Seguro de Enfermedad alemán, que fue el primero cronológicamente, solamente amparó inicialmente a los trabajadores industriales; pero su ámbito subjetivo se fue ampliando progresivamente, y, de esta forma, también resultaron beneficiados los trabajadores a domicilio (por Ley de 30-6-1900), los trabajadores agrícolas, los empleados domésticos, los artistas dramáticos (Ley de 19-7-1911) y los empleados de comercio (Ley de 25-3-1912). Respecto de la situación actual, vid. U. LOHMANN, “*The german unification process-conclusions in terms of comparative social law*”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 345 y ss.

²⁵ A lo que contribuía que «uno de los principales beneficiarios del Seguro Social es el Estado. Para él tiene un interés extraordinario evitar que las grandes masas de trabajadores se transformen en grandes masas de mendigos, peligro al que están fatalmente expuestos si se les deja abandonados a sus propias fuerzas. Esto quita paz a los gobiernos que, además, tendrían que hacer frente a esa gran miseria mediante la beneficencia pública; y de este azote les libra el Seguro Social. A ellos les conviene tener ciudadanos sanos y fuertes, que resistan bien la morbilidad y la mortalidad. Con ciudadanos valetudinarios, con un elevado coeficiente de mortalidad, ¿qué puede hacer un Estado? Con la ayuda de los seguros sanitarios,

germana²⁶. Así, en Europa adoptaron esta fórmula desde un primer momento Austria, Bulgaria, Checoslovaquia²⁷, Francia²⁸, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal y Rumanía²⁹, y en el período de entreguerras se extendió a toda la Europa central y oriental³⁰, con lógicas peculiaridades en los países comunistas³¹. Allende las fronteras europeas, los seguros sociales obligatorios también consiguieron amplia repercusión, fundamentalmente en Hispanoamérica, como demuestran los casos de Brasil, Chile, México, Perú, Uruguay y Venezuela, sobre todo³². No obstante su popularidad, los seguros sociales presentaban ciertas insuficiencias que perjudicaban su eficacia³³.

en cambio, podrá mantener la salud y conservar la vida de sus trabajadores, de las grandes masas económicamente débiles, consiguiendo así mejores elementos de trabajo y para la defensa nacional»; cfr. S. AZNAR GERNER, *El seguro social de los económicamente débiles*, RESS, nº 1-2, 1951, pág. 34.

²⁶ Vid. M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pág. 9.

²⁷ Sobre la evolución reciente, vid. J. MATLÁK, "Regulatory instruments of social security in Slovakia", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 177 y ss.

²⁸ Extensamente sobre la historia de la previsión social en este país, vid. B. VALAT, *Histoire de la Sécurité Sociale*, Economica, París, 2001, pp. 13 y ss.

²⁹ Vid. P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 130 y ss.; J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 72 y ss.; J.L. PESET, *Capitalismo y medicina; ensayo sobre el nacimiento de la Seguridad Social*, en Estudios de Historia Social, número 7, 1978, pp. 194 y ss.

³⁰ Vid. J. JONCZYK, "Comparative social law and the transformation of social security in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 357 y ss.; L. FLOREK, "Evolution of Social Security in Poland", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 35 y ss.

³¹ Vid. J. PAWELZIG, "Reflections on how the range of persons covered by Social Security Systems could be changed in the course of free market development", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 127 y ss.; R. PITSCHAS, "Fundamental institutional/organizational questions in the transformation of social security systems in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 239 y ss.; A.V. TELYUKOV, "Institutional background for the reform of Social Security financing in Russia", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 327 y ss.

³² Vid. J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 71-72; P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 136-137; QUINTA CONFERENCIA DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA MIEMBROS DE LA OIT; *Seguridad Social: Resultados logrados y política futura*, OIT, Ginebra, 1952, pp. 3-111; C. MARTÍ BUFILL, *El seguro social en hispanoamérica*, Seminario de problemas hispanoamericanos, Madrid, 1949, pp. 25-68; J.M. GOÑI MORENO, *Derecho de la Previsión Social*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1956, pp. 28-100; G. ARCE CANO, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, Ed. Porrúa, México, 1972, pp. 45-59 y 84-120; F. DE FERRARI, *Los principios de la Seguridad Social*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1972, pp. 171-300; E. MORGADO VALENZUELA, *La Seguridad Social en las constituciones de Iberoamérica*, REDT, nº 46, 1991, pp. 217-229.

³³ Entre las deficiencias destacan la ineficaz cobertura de los riesgos que provocaban una interrupción del trabajo o la pérdida del empleo; la falta de protección de los funcionarios y profesionales libres; el establecimiento de topes de renta sin tener en cuenta la situación personal o las cargas familiares; la escasa cuantía de las prestaciones; la situación desfavorable de la mujer casada respecto del varón; la

La ampliación de las personas y el incremento de los riesgos protegidos no colmaron las expectativas en los países con un mayor grado de desarrollo económico, y por ello se buscaron nuevas vías, diferentes mecanismos que permitiesen superar las limitaciones de los seguros sociales. Apareció así la Seguridad Social, mucho más ambiciosa que la previsión social. Su origen se sitúa en Inglaterra -aunque con precedentes en Nueva Zelanda³⁴ y en los países escandinavos³⁵- por obra del que hoy es considerado como el padre de la Seguridad Social³⁶: William Beveridge. Fue este Lord británico quien, con «doctrina de pura raigambre keynesiana»³⁷, sentó las que habrían de ser las directrices de los futuros sistemas de Seguridad Social³⁸ en dos informes:

ausencia de una indemnización por pérdida de salario en situaciones de maternidad o la falta de subsidios familiares, entre otras.; vid. P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 159-162.

³⁴ En efecto, una Ley de 14 de septiembre de 1938 armonizó y unificó su dispersa, aunque muy protectora, legislación en la denominada *Social Security Act*, que recogía un sistema asistencial completo que se adelantaba a los principios inspiradores del informe Beveridge, gracias sin duda a que su población era joven y cuantitativamente reducida. Por consiguiente, el ámbito subjetivo se extendía a todos los ciudadanos residentes en Nueva Zelanda en cuanto miembros de la sociedad -en algún caso se requería un período mínimo de residencia-, y se garantizaba cobertura contra toda contingencia (*emergency*) que provocase una situación de necesidad. La situación de necesidad venía determinada en función de un estándar mínimo de rentas, por debajo del cual se entendía que la sociedad había de complementar los ingresos del individuo hasta proporcionarle un mínimo vital, calculado sobre estimaciones objetivas. No obstante, determinadas prestaciones se concedían a toda persona con independencia de sus rentas; eran los casos de la asistencia médica y la pensión de jubilación (*universal superannuation*, de cuantía más reducida que la pensión de vejez -*age benefit*-). El sistema neozelandés era generoso, el más avanzado de su tiempo, pero exigía una contraprestación moral, por cuanto el beneficiario había de acreditar buena conducta y costumbres moderadas (*good moral and sober habits*) para hacer valer su derecho a recibir fondos del erario público. En consecuencia, la ley excluía expresamente de la pensión de vejez a los maridos que hubiesen abandonado a su esposa y descuidado deliberadamente el aseguramiento de los medios de vida de ésta o de los hijos menores, así como también a las mujeres que hubiesen abandonado al marido y a los hijos. Por último, conviene recordar que la financiación era totalmente pública, con cargo a tributos de elevada cuantía para hacer frente a las necesidades del sistema; vid. A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 422-444; S. AZNAR GERNER, *La Seguridad Social en Nueva Zelanda*, RESS, nº 4, 1948, pp. 789-821; J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77-78.; AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pp. 115-120; J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 37-39.

³⁵ Vid. P.A. KÖHLER, "Historical context and origins of Social Security Systems", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 24 y ss.

³⁶ «El término "seguridad social" se usa aquí para denotar la consecución de un ingreso para reemplazar las ganancias cuando éstas se interrumpen por desempleo, enfermedad o accidente; para proveer a un retiro causado por la edad; para proveer a la pérdida de sustento a causa de la muerte de otra persona, y para atender a gastos excepcionales, tales como los relacionados con el nacimiento, la muerte o el matrimonio. Principalmente, la seguridad social significa seguridad de ingreso hasta llegar a un mínimo; pero la provisión de un ingreso debe asociarse con servicios destinados a hacer cesar la interrupción de las ganancias tan pronto como sea posible»; cfr. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pág. 153.

³⁷ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, *Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio del hombre*, RISS, nº 4, 1958, pp. 1028-1029.

³⁸ «El principio en que radica la base de la Seguridad Social es el de libertad o liberación respecto de las situaciones de necesidad, liberación que debe ser realizada por el Estado garantizando a todos los

Seguro Social y Servicios Conexos de 1942 (*Social Insurance and Allied Services*)³⁹ y Pleno Empleo en una Sociedad Libre de 1944 (*Full Employment in a Free Society*)⁴⁰.

En estos instrumentos -fundamentalmente en el primero, pues el segundo es más socioeconómico que jurídico- se criticaban los seguros sociales, propugnando una redistribución de la renta para hacer frente a las situaciones de necesidad⁴¹; sobre esas bases, se consideraba necesaria una unificación y homogeneización⁴² de seguros, cotizaciones y prestaciones⁴³, abogando por la centralización de la gestión administrativa en un único órgano: el Ministerio de Seguridad Social⁴⁴. Los informes Beveridge defendían que la financiación de la Seguridad Social no debía correr a cargo exclusivamente de los trabajadores, sino que también debía contribuir activamente el

ciudadanos, a través de una adecuada organización de medios, un mínimo de libertad individual»; cfr. M. PERSIANI, *El sistema jurídico de la previsión social*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965, pág. 46.

³⁹ Este informe fue presentado el 20 de noviembre y hecho público el 1 de diciembre.

⁴⁰ «Las ideas surgen siempre en momentos históricos precisos, se repiten, se transforman, y arraigan o desaparecen. [...] En cada acto de creación intelectual, cuyo conjunto va constituyendo el depósito de la cultura, influyen otros elementos decisivos, de carácter cultural, físico, económico, social o político, que interfieren y matizan la pureza de la aportación racional»; cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su formación histórica», en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996, pág. 7. En la creación de la Seguridad Social son evidentes las influencias sociopolíticas y económicas, por cuanto «la Seguridad Social, se quiera o no, nace a consecuencia del miedo. Se teme que cuando la Guerra Mundial concluya, la desmoralización, el paro, la miseria, la amargura de los soldados vencidos y la inadaptación de los vencedores a la vida civil, que puede presentarse difícil y agria, prologuen revoluciones sociales, como ocurrió en 1918. Por eso surgen planes para eliminar las situaciones de miseria y desamparo, y como no sólo los trabajadores pueden sufrirlas, se concibe una Seguridad Social más nacional que laboral»; cfr. G. BAYÓN CHACÓN, «Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social», en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pág. 93; en el mismo sentido, C. DEL PESO Y CALVO, «El Fuero del Trabajo y la Seguridad Social española», en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 200-201.

⁴¹ Vid. A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pp. 1 y ss.; D.E. ASHFORD, *La aparición de los Estados de Bienestar*, MTSS, Madrid, 1989, pp. 303 y ss.; G. ARCE CANO, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, Ed. Porrúa, Mexico, 1972, pág. 32.

⁴² Lo que en ningún caso quiere decir que la Seguridad Social sea una «coordinación puramente mecánica del seguro social y de la asistencia pública», pues entre ambos modelos existen diferencias sustanciales; cfr. F. DE FERRARI, *Los principios de la Seguridad Social*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1972, pp. 116 y 124-126.

⁴³ «Las ventajas de lo anterior son obvias. Significa tener un documento de seguro en vez de dos documentos por año, con las estampillas correspondientes, para cada una de 20.000.000 de personas aproximadamente. Esto es ahorro de papel, ahorro de molestias a las personas aseguradas y ahorro de administración a los patrones»; cfr. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pág. 31.

⁴⁴ Vid. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pp. 182-187; J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 72-74; P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 166-168.

Estado, asumiendo el déficit generado en la protección de situaciones de necesidad⁴⁵. Todo ello habría de ser completado con una sustancial mejora de las prestaciones, que atendiese al nivel de vida real y no al salario, que en ocasiones resultaba engañoso como parámetro de referencia⁴⁶.

Sin embargo, y a los efectos que aquí interesan, el aspecto más destacado de estos informes lo constituía la propuesta de universalización de la Seguridad Social, universalización que debía producirse no sólo en términos objetivos⁴⁷, sino también subjetivos⁴⁸. El Estado, a juicio de Lord Beveridge –o de la Comisión Beveridge si se prefiere–, ha de proteger a todos los ciudadanos de todas las contingencias, y no solamente a los trabajadores asalariados respecto de los riesgos laborales, porque «el riesgo cubierto es el de la carencia de ingresos o rentas en cuantía suficiente para alcanzar un mínimo nivel de vida decorosa»⁴⁹. Junto al Sistema de Seguridad Social, los informes Beveridge proponían crear una panoplia de mecanismos de cobertura que proporcionasen una satisfacción integral, entre los que destacaban las ayudas familiares financiadas mediante un impuesto general⁵⁰; una asistencia nacional a cargo del Estado para cubrir las necesidades residuales no atendidas por la Seguridad Social⁵¹; un servicio nacional de salud para prestar asistencia sanitaria a todos los ciudadanos,

⁴⁵ Vid. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 30-31.

⁴⁶ Vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 87 y ss.

⁴⁷ Vid. M. ALONSO OLEA, *Cien años de Seguridad Social*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 109.

⁴⁸ «Con el sistema universalista se busca la cobertura de toda la población; la ampliación al máximo de las personas protegidas potenciará la obtención de recursos y facilitará una redistribución en la que los más fuertes económicamente ayudarán a resolver el problema de los más débiles»; cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985, pág. 10.

⁴⁹ Cfr. L. JORDANA DE POZAS, *La Seguridad Social en el orden internacional*, RISS, nº 4, 1954, pp. 613-614.

⁵⁰ Las ayudas familiares debían cumplir un doble objetivo, ya que, por un lado, «no es razonable tratar de garantizar un ingreso suficiente para la subsistencia mientras las ganancias están interrumpidas por desempleo o invalidez, sin asegurar suficiente ingreso mientras duran esas ganancias»; y, por otro, «es peligroso permitir que el beneficio durante el desempleo o la invalidez iguale o exceda las ganancias durante el trabajo». Además, esos subsidios también tenían como objeto elevar el número de nacimientos, por cuanto «con su presente índice de natalidad, la raza británica no puede perpetuarse»; cfr. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pp. 195-196.

⁵¹ «La asistencia estará disponible para subvenir a todas las necesidades cuando éstas no estén cubiertas por el seguro. Debe atender a esas necesidades adecuadamente hasta el nivel de la subsistencia: pero debe dar la impresión de ser algo menos deseable que el beneficio de seguros; de otro modo las personas aseguradas no obtendrían nada por sus cotizaciones. La asistencia por lo tanto debe ser dada siempre con sujeción a una comprobación de las necesidades y a un examen de los recursos; debe también estar sujeta a cualesquiera condiciones de comportamiento que se consideren apropiadas para apresurar la restauración de la capacidad de obtener ganancias»; cfr. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pág. 177.

también financiado por el Estado⁵²; así como un seguro voluntario, a través de sociedades mutualistas o entidades públicas carentes, en ambos casos, de ánimo de lucro, que hiciese posible obtener un mayor nivel de protección que el mínimo indispensable que debía dispensar el Estado⁵³.

Las propuestas plasmadas en los informes Beveridge fueron implantándose progresivamente en Gran Bretaña en los años subsiguientes, aunque no en su integridad por las dificultades financieras de un país sometido a los rigores de la II Guerra Mundial. De este modo, se establecieron los subsidios familiares (Ley de 15-6-1945), se completó la legislación sobre accidentes de trabajo mediante la instauración de un Seguro Nacional (Ley de 26-7-1946), se racionalizó la estructura de los seguros sociales (Ley de 1-8-1946) —aunque el Seguro de Accidentes de Trabajo no se integró en el régimen de seguros sociales por los problemas técnicos, de gestión e incluso de filosofía que esa incorporación planteaba⁵⁴, se creó el Servicio Nacional de Salud (Ley de 6-11-1946) y se reorganizaron y unificaron los Servicios de Asistencia y Previsión Social de Inglaterra, País de Gales y Escocia (Ley de 13-3-1948), lo que supuso eliminar las leyes de pobres y establecer un sistema de Asistencia Nacional que concedía un ingreso destinado a cubrir todas las situaciones de necesidad no amparadas por los seguros sociales⁵⁵.

El sistema proyectado por Lord Beveridge tuvo amplia repercusión mundial, y en un breve espacio de tiempo multitud de Estados adoptaron diversas medidas para universalizar sus sistemas de previsión social relativizando el requisito de profesionalidad⁵⁶. En mayor o menor medida, sus propuestas alcanzaron a casi todos los países con un cierto grado de desarrollo, y las peticiones de ampliación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la protección social fueron una constante en la práctica totalidad

⁵² Vid. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pp. 200-206.

⁵³ Vid. W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946, pp. 179-182.

⁵⁴ Vid. P. ARNALDOS JIMENO, *La unificación de los seguros sociales y el Seguro de Accidentes de Trabajo*, RESS, nº 10, 1947, pp. 570-584.

⁵⁵ Vid. A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 475-531; M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 141-158; E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985, pp. 21-22; L. JORDANA DE POZAS, *La Seguridad Social en la Gran Bretaña*, RISS, nº 2, 1953, pp. 197-223.

⁵⁶ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 28-29; M.S. GORDON, *La política de Seguridad Social en los países industrializados*, MTSS, Madrid, 1990, pp. 23-27; respecto a Alemania y Francia, E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985, pp. 25-41.

de los continentes⁵⁷. Ello no ha supuesto el abandono total del modelo alemán, y en la actualidad los sistemas de Seguridad Social participan de las filosofías germana y británica⁵⁸, de modo que «ningún Sistema de Seguridad Social es hoy ni puramente bismackiano ni puramente beveridgeano»⁵⁹, debido a que ambos son «simples modelos, raramente identificables con un concreto Sistema de Seguridad Social»⁶⁰. A la postre, «no hay modelo mixto entre Bismarck y Beveridge sino que éste asume y completa a aquél»⁶¹.

2- La emergencia de la previsión social española

El derecho laboral y el derecho de la previsión social nacieron hermanados, por cuanto el principal problema que se trataba de atajar era el de los accidentes de trabajo, producidos en desproporcionado número por las deficientes condiciones de trabajo y la ausencia de mecanismos preventivos. España es un claro ejemplo de ello, como demuestra la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900⁶². Esa Ley, como se explicará con más detalle en el epígrafe siguiente, declaraba al patrono responsable objetivo de los «accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la

⁵⁷ Países tan diversos como EEUU, Argentina, Sudáfrica, Líbano o Japón demuestran que la preocupación por la protección social en esa época no era un mero fenómeno regional; vid. P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 172-221; M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 158-189.

⁵⁸ Tanto los Estados tradicionalmente defensores del sistema profesional como los partidarios del universalista han rechazado el dogmatismo, y «en unos y en otros se coincide en fórmulas transaccionales en las que las dicotomías se resuelven en realizaciones plurales marcadas por el predominio de una u otra alternativa de acuerdo con la naturaleza del caso»; cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985, pág. 12; en el mismo sentido, vid. AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pp. 123-129; P. TRENK-HINTERBERGER, “The range of persons covered by social security schemes”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 124-125.

⁵⁹ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Cien años de Seguridad Social*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 111, que continúa afirmando que «la evolución de la Seguridad Social, desde la década de los cuarenta, se caracterizó no tanto por el rigor y finura técnicas del mecanismo de protección como por su expansión continua a nuevos colectivos de asegurados; del mismo modo que no se reflejó tanto en el alumbramiento de nuevos riesgos que pudieran ser objeto de cobertura, como en el perfeccionamiento e incremento de la protección en cuanto a los riesgos ya alumbrados».

⁶⁰ Vid. J. GARCÍA MURCIA, “Formación y ordenación actual de la Seguridad Social española”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, nº 3, 1995, pág. 30.

⁶¹ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 26.

⁶² Para consultar esta ley, vid. AA.VV., *Legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. 255.

profesión o trabajo que realicen»⁶³, y, a su vez, preveía el aseguramiento de la responsabilidad empresarial, si bien únicamente con carácter voluntario⁶⁴.

La situación es análoga en el contexto europeo durante los primeros años del siglo XX, y su evolución muestra una línea común⁶⁵. Ningún Estado efectuaba una diferenciación conceptual entre la legislación laboral y la de previsión o seguridad social, por motivos evidentes. La “cuestión social” ponía énfasis en la situación sociolaboral del proletariado, única clase social que realmente demandaba amparo, y se perseguía una solución integral de sus problemas mediante la «legislación obrera» o las «leyes de fábricas». La preocupación principal era la protección de los trabajadores, y no la dogmática jurídica. Por ello, leyes de trabajo y leyes de previsión social formaban la denominada legislación obrera, habida cuenta de que por aquel entonces la sistematización que habría de conducir al nacimiento del “Derecho del Trabajo” y del “Derecho de la Seguridad Social” como ramas jurídicas diferenciadas no constituía una prioridad; tampoco se apreciaba una justificación evidente para ello en un contexto en que tales medidas comenzaban a aparecer, y ni cuantitativa ni cualitativamente ofrecían razones para su tratamiento separado.

Desde esta perspectiva, no puede extrañar que la creación en 1883 de la Comisión de Reformas Sociales⁶⁶ constituyese la espoleta de una fase de «intervencionismo científico» en lo social⁶⁷. Un Real Decreto de 5 de diciembre de ese año aprobó la creación de una «comisión para el estudio de las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afecten a las relaciones entre el capital y el trabajo»⁶⁸; esta institución comenzaría entonces «una labor de información y sensibilización sobre las condiciones de vida y trabajo de las clases trabajadoras que marcaría el abandono

⁶³ Vid. art. 2.

⁶⁴ Vid. art. 12.

⁶⁵ En Italia, por ejemplo, el origen de la previsión social se sitúa en la Ley 80 de 17 de marzo de 1898, que imponía al empleador la obligación de contratar un seguro privado para cubrir la responsabilidad civil en caso de accidentes de trabajo; vid. M. PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pág. 7; F. DE COMPADRI y P. GUALTIEROTTI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 3 y ss.

⁶⁶ Sobre los protagonistas políticos, vid. A. RULL SABATER, *Orígenes de la regionalización de la Seguridad Social en España*, RSS, nº 30, 1986, pp. 98-101.

⁶⁷ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 62; J. EUGENIO BLANCO, *Antología del nacimiento de la previsión social española (1908-1910)*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1959, pp. 19 y ss.

⁶⁸ Cfr. art. 1.

definitivo del abstencionismo normativo del Estado»⁶⁹, labor que culminaría con la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Este propósito de protección integral estaba presente también en el Instituto de Reformas Sociales, que en 1903 sustituyó a la Comisión de Reformas Sociales⁷⁰. El Instituto de Reformas Sociales se constituía como un órgano técnico encargado, a tenor del art. 1 del Decreto de 23 de abril de 1903 que procede a esa conversión, «de preparar la legislación de trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora y bienestar de las clases obreras»⁷¹.

En este contexto, la previsión social era un ingrediente de la legislación obrera, ingrediente que progresivamente adquiriría sustantividad propia. La actuación estatal no debía limitarse a la mejora de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, sino que era menester establecer un conjunto de medidas más completo que posibilitase incluso el percibo de rentas sustitutivas del salario en caso de incapacidad temporal o permanente para la prestación de servicios. Así se explica la convocatoria de una Conferencia de Previsión Popular⁷², que se celebró en Madrid en 1904, y cuyas conclusiones sirvieron de base para la creación, en 1908, del Instituto Nacional de

⁶⁹ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, "Estudio Preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España", en AA.VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. XLVIII. Continúa aseverando que «la Comisión de Reformas Sociales significa el momento originario o fundacional de la legislación de trabajo española, al establecer un programa o catálogo de reformas legislativas que había de influir decisivamente en la formación de esta rama del ordenamiento».

⁷⁰ La Comisión de Reformas Sociales vio dificultada su labor, y por ello fue sustituida, a consecuencia de «la escasez de medios, la indiferencia de los más de los sectores políticos burgueses y la contestación obrera»; cfr. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 65.

⁷¹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo*, RMTAS, número extraordinario, 2003, pp. 81 y ss.; C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 25, 1966, pp. 26-28; L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuarta Edición, Madrid, 1984, pp. 394-398; I. LÓPEZ PENA, *Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales*, Revista de Trabajo, nº 1, 1969, pp. 10 y ss.; J. VELARDE FUERTES, *El Instituto de Reformas Sociales visto en 2003*, Foro de Seguridad Social, nº 11, 2004, pp. 4 y ss.; A. CHOZAS BERMÚDEZ, *Cien años del Instituto de Reformas Sociales*, Foro de Seguridad Social, nº 11, 2004, pp. 13 y ss.; M.F. QUIRÓS SORO, *Centenario del Instituto de Reformas Sociales (1903-2003)*, REDT, nº 115, 2003, pp. 35 y ss.; M.C. IGLESIAS y A. ELORZA, *La fundación de la Comisión de Reformas Sociales*, Revista de Trabajo, nº 1, 1969, pp. 75 y ss.

⁷² Entendida –la previsión popular– como el «conjunto de incipientes medidas de Seguridad Social cuyo designio central es el establecimiento de un régimen de pensiones vitalicias»; cfr. A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pág. 12.

Previsión⁷³. El INP, creado por una Ley de 27 de febrero de 1908, supone un punto de inflexión en materia de previsión social⁷⁴, que hasta entonces sólo era en España «un desierto con muchas ruinas y algunos raquíuticos oasis»⁷⁵.

En su origen, la Ley de 27 de febrero de 1908 establecía como objetivo prioritario del INP el «de difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro». La previsión, entendida como «la facultad de ver los riesgos futuros como presentes y de garantizarse contra ellos por los medios adecuados y posibles»⁷⁶, se consideró entonces como el mejor remedio contra las situaciones de necesidad⁷⁷. Se constituyó así un régimen de libertad subsidiada, que se caracterizaba por su voluntariedad, pues ningún tipo de coerción se ejercería para que los obreros comenzasen a constituir un fondo de pensión, si bien una vez iniciadas las aportaciones el Estado venía obligado a conceder una subvención⁷⁸. Con estos caracteres, el INP estableció un régimen de protección a la vejez que empezó a funcionar en 1909⁷⁹, y que estaba regulado en la Ley creadora del INP, en sus Estatutos

⁷³ Vid. M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 192-196.

⁷⁴ Vid. M. LARAÑA Y LEGUINA, *Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los seguros sociales en España (I)*, Moneda y Crédito. Revista de Economía, nº 15, 1945, pág. 36.

⁷⁵ Cfr. L. JORDANA DE POZAS, «Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social», en AA.VV., *Estudios sociales y de previsión*, Tomo II, Volumen 1, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 477; en frase ilustrativa, señala asimismo que, gracias a la labor del INP, a mediados del siglo XX «el páramo se ha convertido en bosque frondoso y el desierto en ciudad providente y previsor» (pág. 482).

⁷⁶ Vid. L. JORDANA DE POZAS, «Los estudiantes y la Seguridad Social», en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 1, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 289.

⁷⁷ «La previsión es así una conducta prudente recomendable, un hábito bueno y, por tanto, una virtud social»; cfr. L. JORDANA DE POZAS, «Los estudiantes y la Seguridad Social», en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 1, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 289.

⁷⁸ Se planificaron entonces los denominados «seguros populares», plasmados en un Decreto de 5 de marzo de 1910, que encomendó al INP «el estudio de un anteproyecto de ley en el que se establezca la organización de los siguientes servicios: Constitución de la Corporación Nacional de Actuarios; Caja de Seguro Popular e Invalidez; Caja de Seguro de Vida; Caja de Seguro para el Paro de Trabajo Involuntario; y Caja de Retiros Oficiales para Funcionarios Públicos»; cfr. C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 25, 1966, pág. 29.

⁷⁹ «Loable es que la acción protectora acompañe al obrero en la penosa peregrinación a través de su vida activa, cuando emplea y dedica sus energías a la producción de la riqueza, pero aún más digno de alabanza es prolongar aquella protección cuando las fuerzas le faltan, cuando entra cansado y abatido en ese triste declinar de la vida que se llama vejez. No preocuparse del obrero joven y robusto constituiría lamentable olvido, egoísmo indisculpable; abandonar al viejo desvalido sería algo más, sería punible crueldad»; cfr. E. DATO, *Leyes protectoras del trabajo*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 114, 1909, pág. 25.

—aprobados por un Real Decreto de 24 de diciembre de 1908—, y en su Reglamento (Orden de 17 de agosto de 1910)⁸⁰.

Pero el INP nunca se olvidó del primer inciso del art. 1 de la Ley de 1908, estimando que el triunfo del régimen de libertad subsidiada requería una adecuada propaganda y educación en materia de previsión⁸¹. Esta finalidad educativa inspiraba el RD de 7 de julio de 1911, que creó las mutualidades y los cotos escolares con pretensión de inculcar la previsión desde las más tempranas edades⁸². Las mutualidades promovían el ahorro para conceder dotes y otros beneficios, mientras que los cotos escolares eran cooperativas de trabajo al servicio de la mutualidad⁸³ destinadas a obtener fondos suplementarios para las pensiones y dotes infantiles⁸⁴. La relevancia que

⁸⁰ Vid. L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 164; C. HERMIDA y E. GARCÍA SÁNCHEZ, *El Retiro Obrero Obligatorio en España: génesis y desarrollo (1917-1931)*, Estudios de Historia Social, nº 14, 1980, pp. 9-11; J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 159 y ss.

⁸¹ Vid. J. EUGENIO BLANCO, *Antología del nacimiento de la previsión social española (1908-1910)*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1959, pp. 33 y ss.

⁸² En general, las mutualidades escolares y los cotos sociales (no sólo los escolares, sino también los agrícolas, forestales, ganaderos e industriales) fueron impulsados durante la II República por el INP, en cuyo seno se crearon respectivamente una Comisión de Mutualidades Escolares y una Comisión de Cotos Sociales de Previsión, para que lograran implantarse con sólida raigambre. Con finalidad similar nacieron en Cataluña en 1915 —creados por la Caja Catalana de Pensiones— los denominados Homenajes a la Vejez, que se extendieron pronto por todo el territorio nacional gracias al INP, para fomentar la previsión y realizar obras de beneficencia a favor de ancianos en situación de necesidad. Los Homenajes a la Vejez contaban con un loable propósito, la «asistencia y reverencia a los ancianos más mayores, desamparados y merecedores por su historia de trabajo o de previsión de “reparación social”, de reconocimiento de la injusticia de la sociedad hacia ellos; de ahí la concentración de todas las clases sociales con que se rodea a estos actos. “La obra de caridad social más resonante del Instituto”, como la definirá el Anuario Social. Cada Caja o región fijará la edad, siempre superior a los setenta y cinco años, con preferencia de octogenarios y nonagenarios, sobre todo para las pensiones»; cfr. J. CUESTA BUSTILLO, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 283-298; también, M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 166-169, 238-242 y 405-413. Para consultar la norma, vid. INP, *Legislación de Seguridad Social (Tomo I)*, INP, Madrid, 1953, pp. 1435 y ss.

⁸³ «Esencialmente, pues, los cotos eran mutualidades cuyas primas se abonan en trabajo»; cfr. M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pág. 406; también, J. EUGENIO BLANCO, *Antología del nacimiento de la previsión social española (1908-1910)*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1959, pp. 79-81.

⁸⁴ Frente a la proliferación de las mutualidades escolares —7084 en 1935—, el número de cotos sociales nunca fue demasiado elevado —46 en 1935—, «pero la infraestructura que mantuvo la Comisión (de Cotos Sociales de Previsión) potenció no sólo su continuidad, sino la serie de cursos que año tras año realizaron los maestros de una veintena de escuelas nacionales, interesados en implantar en sus centros esta obra social»; vid. M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 166 y 243-246. En suma, «se pretendía que los maestros, en las escuelas, utilizaran los cotos para educar a la juventud en los hábitos de la previsión»; cfr. L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 163.

adquirieron fue notoria⁸⁵, ya que un Decreto de 20 de septiembre de 1919 llegó a imponer el establecimiento de una mutualidad escolar en todas las escuelas nacionales⁸⁶.

Fruto de esa labor del INP, la previsión social se disgregó de las leyes de fábricas, y fue creando su propio cuerpo normativo, una disciplina con caracteres y objetivos propios. La aparición de los seguros sociales obligatorios a partir de 1919, con la instauración del Retiro Obrero, sirvió para consolidar la normativa de previsión social como una auténtica rama del derecho, separada del incipiente Derecho del Trabajo, que comenzaba también a constituirse como un sector del ordenamiento jurídico con identidad propia. Sin embargo, el ámbito subjetivo de las leyes laborales y el de las leyes de previsión social coincidía en buena medida. Aunque los destinatarios de las “leyes de fábricas” fueron en un principio únicamente las mujeres y los menores, por ser los colectivos que presuntamente requerían una atención más urgente⁸⁷, pronto se generalizaron para comprender a todos los obreros industriales, con independencia de su sexo o edad; a ese mismo grupo social se dirigieron las normas de previsión social.

3- Los seguros sociales obligatorios como seguros “laborales”

La previsión social surge en España con algo de retraso en comparación con Alemania y Gran Bretaña, porque la II Revolución Industrial fue posterior en el tiempo⁸⁸. Pero esa demora no impidió que la hoy denominada Seguridad Social evolucionase en España de igual forma que en los países de Europa occidental. En consecuencia, los accidentes de trabajo constituyeron la primera preocupación de los poderes públicos, y es un convencionalismo admitido que la Seguridad Social tiene su origen en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁸⁹, lo que justificó

⁸⁵ Vid. S. AZNAR, *Los Seguros Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pp. 429-461.

⁸⁶ Una Real Orden de 16 de diciembre de 1911 constituyó un Fondo Especial de Inválidos, con 40.000 pesetas destinadas a otorgar una renta inmediata de 0'50 pesetas al día a los incapacitados para el trabajo que lo requiriesen, siempre que acreditasen un período mínimo de cotización; vid. M.E. MARTÍNEZ QUINTERO, “La fundación del I.N.P.”, en F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 310-311.

⁸⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 69-70.

⁸⁸ «Si las primeras leyes de trabajo son, por lo general, la respuesta a los problemas sociales más urgentes generados por la naciente producción fabril, no es extraño que a una incorporación tardía a los nuevos adelantos y técnicas industriales le corresponda una legislación laboral también tardía»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 69.

⁸⁹ Gaceta del 31,

incluso la celebración del centenario de la Seguridad Social en el año 2000⁹⁰. Más allá del evidente simbolismo de la fecha, la Ley Dato –en honor al Don Eduardo Dato, ministro que impulsó su aprobación– no es una norma de Seguridad Social en sentido estricto⁹¹, sino más bien precursora de la misma⁹²; en cualquier caso, constituyó la espoleta de un proceso tuitivo encaminado a evitar el desamparo del trabajador asalariado de la industria⁹³ cuando por cualesquiera circunstancias no imputables exclusivamente a sí mismo se veía imposibilitado para continuar con el desempeño de su labor⁹⁴.

La Ley de 1900 trataba de responder al riesgo más temido en esa época, aunque en teoría ya estaba protegido anteriormente sobre bases civilistas⁹⁵. Pero esa tutela era insuficiente⁹⁶, lo que trató de remediar la Ley de 1900 responsabilizando objetivamente

⁹⁰ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 3 y ss.

⁹¹ Pues admite «la posibilidad de que el trabajador no pudiera hacer efectivos sus derechos por insolvencia del deudor»; cfr. J. GARCÍA MURCIA, “Formación y ordenación actual de la Seguridad Social española”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, nº 3, 1995, pág. 33.

⁹² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, “El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 49; M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 23 y ss.

⁹³ Vid. M. ALONSO OLEA, *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, RMTAS, nº 24, 2000, pp. 21 y ss.; L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y Á. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 157-158.

⁹⁴ La definición legal de accidente de trabajo parecía incluir también la enfermedad profesional, extensión que fue rechazada en el Congreso de Bilbao sobre esta contingencia celebrado en 1902, donde se propuso como concepto de accidente de trabajo: «todo hecho que produzca una lesión corporal ocasionada por una causa exterior, fortuita, súbita, violenta e involuntaria», petición que no prosperó; vid. F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 152-153.

⁹⁵ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1990, pág. 25; J. VELARDE FUERTES, *El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: panorama político, social y económico que lo rodeó en España*, RMTAS, nº 24, 2000, pp. 13 y ss.

⁹⁶ La reparación de los accidentes de trabajo seguía las pautas generales del Código Civil, y «en la mayor parte de los casos la solución civil dejaba desprotegido al obrero accidentado, que era una víctima cualificada por su situación de dependencia y debilidad económica, sobre todo de la que quedaba incapacitada para el trabajo»; cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo*, RL, nº 1, 2000, pág. 1. En este punto, la relevancia de la Ley de Accidentes de 1900 es evidente, pues menos de una década atrás se defendía arduamente la tesis subjetivista; vid. J. LÓPEZ PUIGSERVER, *Los accidentes de trabajo*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 1892, pp. 97-99 y 311-316. Y todo ello porque el Estado liberal se resistía a desaparecer, y «en un ambiente político como el de la España de la Restauración, más propicio a los refugios doctrinales que a las respuestas pragmáticas, la resistencia a dar este paso de la legislación protectora del trabajo a los adultos había de ser grande»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “Estudio Preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España”, en AA.VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. LXV. Poniendo asimismo de manifiesto las deficiencias del Derecho Civil en este ámbito, vid. E. BORRAJO DACRUZ, “Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 81 y ss.

al empresario de todo accidente de trabajo⁹⁷, con el fundamento de que quien obtiene el beneficio de la labor ajena también ha de soportar los riesgos de la actividad que desarrolla⁹⁸. Sin embargo, aunque la Ley de Accidentes permitía trasladar la responsabilidad a una compañía de seguros (o a una mutua patronal)⁹⁹, el aseguramiento era una facultad, no una exigencia, razón por la que la Ley Dato no es en puridad una norma sobre previsión social.

A la postre, la Ley de Accidentes de 1900 es fiel reflejo de la filosofía social de su tiempo, tanto en lo relativo a la voluntariedad del seguro, como en lo que se refiere a su ámbito de aplicación personal. En efecto, la Ley de Accidentes de Trabajo, siguiendo los cánones de la época, en principio sólo otorgará protección a los trabajadores manuales de la industria, los tradicionalmente conocidos como “obreros”. El resto de trabajadores⁶ de la industria, así como los trabajadores agrícolas y del mar, quedaban excluidos¹⁰⁰ aunque su necesidad de protección era tanto o más acuciante quizá que la de los trabajadores industriales¹⁰¹, amén de que, aun con el éxodo rural, cuantitativamente eran mayoría¹⁰². Es, qué duda cabe, una fase de «aislamiento institucional de la industria»¹⁰³.

Es evidente, no obstante, que a partir de la Ley de Accidentes de 1900 la previsión social se convertiría en uno de los objetivos prioritarios de todos los gobiernos

⁹⁷ Vid. M. LARAÑA Y LEGUINA, *Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los seguros sociales en España (I)*, Moneda y Crédito. Revista de Economía, nº 15, 1945, pág. 26; A. LÓPEZ NÚÑEZ, *Veinticinco años de legislación social*, Biblioteca Marvá, Madrid, 1928, pág. 20.

⁹⁸ Como señalaba la Ley de 1900 en su Exposición de Motivos, los accidentes de trabajo deben ser «uno de los gastos de la producción, a cargo, naturalmente, del empresario o patrono»; vid. A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pág. 11.

⁹⁹ El auge de las mutuas tuvo lugar durante la II República, por la conversión en obligatorio del seguro de accidentes de trabajo; vid. F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987, pág. 157; M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 321-327.

¹⁰⁰ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, *El concepto de “trabajador” en la legislación de accidentes de trabajo*, RISS, nº 3, 1959, pp. 831-833; E. LEIRA, *La nueva legislación de accidentes de trabajo en España*, RISS, nº 5, 1956, pág. 1101.

¹⁰¹ Vid. F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 178-189; M. ÁVILA ROMERO, *Concepto de empresario y trabajador en los riesgos profesionales*, RSS, nº 21, 1984, pp. 32 y ss.; J.A. MARTÍNEZ LUCAS, “Sobre los orígenes del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.

¹⁰² Según cifras ofrecidas por el Ministerio de Trabajo en la Exposición Conmemorativa del Centenario de la Seguridad Social, en el año 1900 los sectores agrícola y pesquero aglutinaban al 66,56% de la población ocupada, mientras que en el sector servicios trabajaba el 17,99%; los trabajadores de la industria y la construcción, a los que iban dirigidas las primeras medidas de protección social, sólo representaban el 15,45% de la población ocupada.

¹⁰³ Cfr. AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pág. 134.

que han regido España hasta el momento actual. Si algo tienen en común la etapa de Alfonso XIII, la II República, el Régimen franquista y la monarquía parlamentaria actual es una voluntad prioritaria por evitar que el infortunio del trabajador le suponga la indigencia. Ciertamente es, sin embargo, que el primer propósito del Estado no fue conceder protección con cargo a fondos propios, sino estimular la autosubsistencia.

Pese a los ejemplos internacionales, con Alemania a la cabeza, España no apostó inicialmente por los seguros sociales obligatorios, como se dijo en el epígrafe anterior, sino que el INP, caracterizado por una composición «pluriideológica»¹⁰⁴, fue concebido con el objetivo de instaurar un régimen de libertad subsidiada, en consonancia con el liberalismo imperante en buena parte de Europa Occidental, siendo Italia el principal referente. Esta opción fracasó por sus graves carencias, tanto en lo relativo a su ámbito objetivo como al subjetivo, puesto que el único riesgo cubierto era la vejez -el INP “subsidiaba” exclusivamente las pensiones de retiro- y el acceso quedaba limitado a las clases trabajadoras o empleados públicos con retribuciones no superiores a las tres mil pesetas anuales¹⁰⁵.

En líneas generales, la libertad subsidiada partía de la premisa de que la inteligencia humana debía elevar a la consideración de elemental la preocupación por los riesgos futuros, desechando por ello la filosofía del *carpe diem*. El régimen de libertad subsidiada no tuvo el éxito esperado, porque no valoró correctamente la capacidad de ahorro de los individuos a los que se dirigía, tan débiles económicamente que les era imposible destinar parte de sus ingresos a cualquier otra actividad que no fuese la supervivencia diaria¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Sobre la diversidad de corrientes de pensamiento presentes en el INP, vid. M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 71-136.

¹⁰⁵ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El Estado y la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964, pág. 42.

¹⁰⁶ «Asimismo, el individuo es más perfecto cuanto es más previsor. El hábito de marchar delante de los acontecimientos, en lugar de ser arrastrado por ellos, proporciona al hombre mayores fuerzas de entendimiento y de voluntad con que vencer en la ruda batalla de la vida. El hombre inferior, torpe y desmañado, se deja sorprender por los sucesos, porque no se ha percatado de su advenimiento, y así, desapercibido, lleva siempre la peor parte. No curarse sino de lo presente es propio de los seres de mentalidad rudimentaria y tarea bien fácil, por cierto, ya que el tiempo presente es una unidad fugitiva que apenas existe en la mecánica de la vida. Relacionada con la idea de previsión se halla también la inhibición con que el hombre superior se abroquea, pasivamente, contra las acometidas de la adversidad. El conocimiento de lo por venir permite esta resistencia a los excitantes exteriores: quienes no ven sino el tiempo presente, reaccionan de un modo casi instintivo ante las impresiones de la realidad; en cambio, los hombres previsores, videntes de lo futuro, soportan hasta el heroísmo los dolores presentes, conocedores de lo efímero de su existencia»; cfr. A. LÓPEZ NÚÑEZ, *Ideario de previsión social*, Segunda Edición, INP, Madrid, 1947, pp. 34-35, aunque ha de tenerse en cuenta que la obra fue escrita en 1920. No obstante lo anterior, el propio autor reconoce (pág. 81) que «en el estado actual de repartición del producto del trabajo no es necesario acudir a los libros de Marx y Lasalle para comprender que la parte destinada al trabajador es insuficiente no sólo para sus necesidades futuras, pero ni aun para las actuales».

Por consiguiente, todos los países que habían apostado por la libertad subsidiada renunciaron a esa fórmula y constituyeron seguros sociales obligatorios, verdadero punto de partida de la previsión social. En su configuración inicial, los seguros sociales, aunque obligatorios, partían de las mismas premisas que el régimen de libertad subsidiada, esto es, la protección de los trabajadores de reducidos ingresos frente a la contingencia de vejez¹⁰⁷. Tras el debate político y social sobre su oportunidad y viabilidad¹⁰⁸, un Real Decreto-Ley de 11 de marzo de 1919¹⁰⁹ instauró el Retiro Obrero, dirigido en teoría a los trabajadores por cuenta ajena de cualquier sector de actividad que percibiesen un salario inferior a las cuatro mil pesetas. Las únicas exclusiones formales eran las de los “maestros”, los “servidores domésticos”¹¹⁰, los funcionarios públicos y quienes estuviesen afiliados a un montepío exceptuado¹¹¹. Sin embargo, el Retiro Obrero no fue bien acogido en el campo, donde prácticamente careció de aplicación hasta 1943¹¹², pues si bien en 1939 fue sustituido por el Subsidio de Vejez - en el que sí estaban incluidos los trabajadores agrícolas-, la Disposición Transitoria 2ª

¹⁰⁷ Vid. M. LARAÑA Y LEGUINA, *Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los seguros sociales en España (I)*, Moneda y Crédito. Revista de Economía, nº 15, 1945, pág. 31; M. AZNAR LÓPEZ, *Una institución centenaria: la Seguridad Social española*, RMTAS, nº 24, 2000, pp. 69 y ss.

¹⁰⁸ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Sobre los orígenes del seguro social en España*, REDT, nº 80, 1996, pp. 961 y ss.

¹⁰⁹ Gaceta del 12.

¹¹⁰ Mientras que los porteros sí estaban incluidos, los patronos se negaron a cotizar al Retiro Obrero por los peluqueros, barberos, hosteleros, sastres, etc., por considerarlos equiparables al criado doméstico; vid. J. CUESTA BUSTILLO, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 330-333.

¹¹¹ Sintéticamente, el Real Decreto de 24 de julio de 1921, que aprobó el Reglamento del Retiro Obrero, admitió que las mutualidades, montepíos o cajas de carácter social que así lo manifestasen ante el INP o la caja colaboradora correspondiente pudieran quedar exceptuadas del Retiro Obrero cuando se hubiesen constituido con anterioridad al Real Decreto de 11 de marzo de 1919; concediesen beneficios iguales o superiores a los del Retiro Obrero; procediesen a la afiliación en las cajas colaboradoras o, en su defecto, en el INP, de todos los obreros y empleados que no tuvieran los beneficios de la mutualidad, montepío o caja; y se adaptasen al régimen legal que para ellos se estableciese. A modo de ejemplo, los montepíos de trabajadores ferroviarios fueron expresamente exceptuados tanto del Retiro Obrero como del posterior Subsidio de Vejez; vid. L.M. CAMPS RUIZ, *Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios*, RISS, nº 4, 1972, pp. 792-793; V. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Régimen Especial de los Ferroviarios”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 404-407. El reconocimiento de estos montepíos exceptuados «se debe al exagerado fervor individualista y liberal propios del momento», y por ello se ha afirmado que el defecto «merece el calificativo de disculpable»; cfr. M. LARAÑA Y LEGUINA, *Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los seguros sociales en España (I)*, Moneda y Crédito. Revista de Economía, nº 15, 1945, pág. 39. Para consultar las normas por las que se declaraban exceptuados los correspondientes montepíos, vid. INP, *Régimen Obligatorio de Retiros Obreros. Compilación Legislativa Estatutaria y Reglamentaria*, Publicaciones del INP, Madrid, sin fecha, pp. 102 y ss.

¹¹² «La Seguridad Social llegó al campo tarde y de aluvión»; cfr. A. CUBAS MORALES, *El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 12, 1993, pág. 9; un estudio de derecho comparado en A. MALLET, *Fórmulas y resultados logrados en la aplicación de los seguros sociales al campo*, RISS, nº 5, 1954, pp. 797 y ss.; poniendo de manifiesto las dificultades de aplicación

de la Orden Ministerial de 2 de febrero de 1940 suspendió la obligación de cotizar para los trabajadores agropecuarios¹¹³; y también se plantearon dudas en su aplicación a los trabajadores del mar, aunque finalmente se reconoció que todos ellos, incluidos los remunerados a la parte, debían afiliarse obligatoriamente a este seguro¹¹⁴, como dejó sentado un Acuerdo de la Asamblea de Cajas Colaboradoras del INP de 27 de enero de 1922, recordado posteriormente en una Orden de 29 de julio de 1927¹¹⁵.

El Retiro Obrero fue el primero de los seguros sociales obligatorios en España, pero ni mucho menos el último. Desde 1919 a 1961 el aseguramiento obligatorio dispensó protección contra los accidentes de trabajo¹¹⁶, la maternidad¹¹⁷, las cargas

de la previsión social en el sector agrícola, vid. J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ y R. CURIEL CUETO, *Aspectos técnicos de la extensión del seguro social al campo*, RISS, nº 2, 1952, pp. 229 y ss.

¹¹³ Las dificultades de aplicación del Retiro Obrero en el campo eran asumidas por el propio Real Decreto-Ley de 11 de marzo de 1919, cuya Base Transitoria Primera dejaba constancia de la necesidad de realizar «los estudios y trabajos preparatorios necesarios para hacer extensivo a la agricultura el Seguro de Vejez»; vid. R. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *Régimen Agropecuario de Seguridad Social. Con especial referencia al Seguro de Vejez*, Revista de Política Social, nº 22, 1954, pp. 13-15.

¹¹⁴ En concordancia con la Base Transitoria Primera, apartado 2, del Real Decreto-Ley que instauró el Retiro Obrero, a tenor de la cual debían incorporarse al mismo «todas las clases de trabajo del país», si bien se remitía a un futuro desarrollo reglamentario la determinación de «todas aquellas profesiones que por razones de reconocida justificación deban ser objeto de condiciones especiales».

¹¹⁵ Tanto los trabajadores agrícolas como los trabajadores del mar vieron retrasado su acceso a los mecanismos de previsión social, en ambos casos porque su actividad presenta particularidades notables. Algunas de esas notas características resultan más bien ficticias, pues se han exagerado interesadamente hasta conformar lo que en el ámbito del campo se ha dado en llamar «mitología agrarista»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, *La «especialidad» del Régimen Agrario de Seguridad Social*, RISS, nº 6, 1969, pág. 1242. No puede olvidarse que tradicionalmente se habían alegado grandes dificultades de orden técnico para implantar los seguros sociales en el campo; en este sentido, vid. J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ Y R. CURIEL CUETO, *Aspectos técnicos de la extensión del seguro social al campo*, RISS, nº 2, 1952, pp. 229 y ss; INP, *Situación de los estudios para el Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte*, Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1934, pp. 11-12. Con todo, la postergación de los trabajadores agrícolas en materia de previsión social era una situación usual en derecho comparado; vid. A. MALLET, *Fórmulas y resultados logrados en la aplicación de los seguros sociales al campo*, RISS, nº 5, 1954, pp. 797 y ss. En general sobre todas las particularidades de la actividad en el campo, vid. G. BAYÓN CHACÓN, «La peculiaridad del trabajo agrario», en AA.VV., *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974; X. PRÉTOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale*, Segunda Edición, Dalloz, 1998, pp. 108 y ss. Respecto de las dificultades para la extensión del seguro social a los marinos; vid. J. LLEDÓ MARTÍN, *La pesca nacional*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1943, pág. 250-254.

¹¹⁶ El Real Decreto de 15 de octubre de 1919 (Gaceta del 21) instauró el seguro obligatorio de accidentes para los trabajadores del mar, los Decretos de 12 de junio y 28 de agosto de 1931 (Gaceta de 13 de junio y 30 de agosto respectivamente) hicieron lo propio en la agricultura, mientras la Ley de 4 de julio de 1932 (Gaceta del 7) declaró obligatorio el seguro de accidentes en la industria, obligación que reiteraría el Decreto 8 de octubre de 1932 (Gaceta del 12), por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo en la industria; vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «Los orígenes de la Seguridad Social», en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pp. 14-17; J. CUESTA BUSTILLO, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 702-719; M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988, pp. 156-160; C. TATAY PUCHADES, *Génesis y evolución de la protección de los accidentes de trabajo*, Tribuna Social, nº 109, 2000, pp. 21 y ss.

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 (Gaceta del 24).

familiares¹¹⁸, la enfermedad común¹¹⁹ y profesional¹²⁰ y, tras azarosas vicisitudes, el desempleo¹²¹. Cada uno de esos seguros, independientes entre sí, establecía su propio campo de aplicación, que era modificado a medida que nuevas circunstancias lo exigían. La protección del trabajador asalariado de la industria fue característica común, al menos en un primer momento. De este modo, y aunque el ámbito subjetivo de cada seguro no era estrictamente coincidente con el de los demás, todos se dirigieron principalmente a los trabajadores industriales que no alcanzasen un determinado nivel de renta¹²², ya que «el Derecho del Trabajo nace como un Derecho de jornaleros»¹²³, con el propósito de apaciguar las reivindicaciones del proletariado.

En un plano estrictamente legal, la restricción del campo de aplicación de los seguros sociales a los obreros con bajos niveles de renta se justificaba por la imposibilidad de satisfacer las necesidades más básicas cuando se dejaban de percibir los salarios por la incapacidad temporal o incluso permanente para el ejercicio de la profesión correspondiente, unida a las frecuentes lesiones producidas por la falta de unas mínimas y elementales medidas de seguridad e higiene en el lugar de trabajo; y ello, claro está, sobre la base de la autosuficiencia, pues se entendía que los trabajadores con salarios superiores al límite establecido en cada momento podían sufragar la

¹¹⁸ El Régimen de Subsídios Familiares fue instaurado por la Ley de Bases de 18 de julio de 1938 (BOE del 19). Su reglamento de desarrollo fue aprobado por Decreto de 20 de octubre de 1938 (BOE del 26).

¹¹⁹ Ley de 14 de diciembre de 1942 (BOE del 27), desarrollada por un Decreto de 11 de noviembre de 1943 (BOE del 28).

¹²⁰ Aunque el Tribunal Supremo había considerado que enfermedades profesionales como el saturnismo, el fosforismo, la dermatitis o la tuberculosis intestinal por trabajo en minas podían encuadrarse en la Ley Dato, se apreció la conveniencia de separar el aseguramiento de ambas contingencias. Con ese propósito se aprobó la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936 (Gaceta del 15), que no fue desarrollada a consecuencia de la Guerra Civil. Posteriormente, por Decreto de 3 de septiembre de 1941 se instauró el Seguro contra la Silicosis, mientras que el Decreto de 10 de enero de 1947 (BOE del 21), desarrollado Orden de 19 de julio de 1949 (BOE de 19 de agosto), creó el Seguro de Enfermedades Profesionales; vid. M. LOZANO MONTERO, *El Seguro Obligatorio de Enfermedades Profesionales*, RESS, nº 11, 1947, pp. 794-797; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1990, pág. 32; C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 25, 1966, pp. 50-51.

¹²¹ Ley de 22 de julio de 1961 (BOE del 24); vid. M. ALONSO OLEA, *El Seguro Nacional de Desempleo*, RISS, nº 6, 1961, pp. 1387 y ss.; del mismo autor, *El paro forzoso y su aseguramiento*, RSS, nº 15, 1982, pp. 47 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, *Sujetos protegidos y objeto en la relación jurídica del seguro contra el paro involuntario*, RISS, nº 6, 1959, pp. 1801 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, *Sistemas para la cobertura del paro forzoso*, RISS, nº 6, 1961, pp. 1407 y ss.

¹²² Vid. A. BUYLLA, *La cuestión obrera y las leyes*, Revista de legislación y jurisprudencia, nº 2, 1892, pp. 341-345.

¹²³ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, *Los problemas de personalidad en la Ley de Bases de la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964, pág. 13.

protección mediante fórmulas privadas¹²⁴. Desde esta perspectiva, se excluía de la previsión social a los trabajadores intelectuales –empleados–, que gozaban en general de mejores condiciones laborales, y por ello se consideraba menos urgente la intervención pública¹²⁵.

Como se deduce de lo anterior, la necesidad de prestar servicios en régimen laboral era absolutamente incuestionable en esta primera etapa de la previsión social. En cambio, las circunstancias personales del trabajador no afectaban sustancialmente al seguro social, por lo que era indiferente el sexo –a salvo de lo que dispusiera la legislación sobre trabajos peligrosos, que impedía a la mujer prestar servicios en determinados sectores–, la edad –siempre que fuese superior a la mínima establecida para el acceso al trabajo (sin perjuicio de las actividades prohibidas a menores) e inferior a la prevista como edad de jubilación– y la nacionalidad (hasta que se introdujo la exigencia de trato recíproco).

La limitación del ámbito subjetivo de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores asalariados de la industria y los servicios fue una constante histórica, quizá como reconocimiento a los artífices de su nacimiento y primeros destinatarios de esas medidas. Con el tiempo, otros colectivos de trabajadores, incluidos los autónomos, reivindicaron mecanismos tuitivos similares, porque la expansión de los seguros sociales o bien no resultaba viable técnica o económicamente, o bien, en mayor medida, no se había producido ante la ausencia de una coyuntura adecuada, por la falta de conciencia de clase del colectivo en cuestión y los escasos réditos políticos que se vislumbraba obtener con esa medida¹²⁶; en general, de la mayor o menor capacidad de

¹²⁴ «De manera que no todos los asalariados son protegidos, sino sólo los que carecen de medios propios»; J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 71.

¹²⁵ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Sujetos protegidos y objeto en la relación jurídica del seguro contra el para involuntario*, RISS, nº 6, 1959, pp. 1804-1811; P. ARNALDOS, *La universalidad del campo de aplicación de los seguros sociales obligatorios*, RISS, nº 3, 1951, pp. 291 y ss.

¹²⁶ La exclusión de los trabajadores autónomos se justificaba entonces por razones técnicas, en las que subyacían causas económicas e incluso ideológicas, pues se entendía que los trabajadores autónomos tenían capacidad, al menos potencial, para obtener por sí mismos los medios de subsistencia. Los seguros sociales nacieron como respuesta defensiva al movimiento obrero, notablemente violento en sus orígenes. Las agrupaciones que velaban por los intereses de los autónomos se encontraban en una etapa mucho más incipiente, y sus objetivos estaban muy alejados de la previsión social. Es cierto que los seguros sociales solían incluir formalmente en su campo de aplicación a los trabajadores por cuenta propia –que incluso pudieron beneficiarse del régimen de libertad subsidiada si sus rentas no alcanzaban las 3000 pesetas anuales–, pero en la práctica esas referencias no implicaban más que una mera declaración de intenciones sin verdadera trascendencia. La primera alusión a los autónomos en la legislación sobre seguros sociales puede encontrarse en un Real Decreto de 19 de febrero de 1926, que ya aconsejaba –sin ningún resultado práctico– la conveniencia de incluir en el Retiro Obrero a los «comerciantes a pequeña escala», «industriales de poco fuste», «labriegos de escaso patrimonio» y «trabajadores independientes». En la misma dinámica de encargos no cumplidos, la DT 1ª del Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929, por

presión dependió el momento en que sus reivindicaciones se plasmaron en realidades. Ahora bien, esos colectivos no se incorporaron a los seguros sociales, que permanecieron reservados a los trabajadores de la industria y los servicios; los poderes públicos consideraron más conveniente la constitución de instrumentos específicos de previsión social: las Mutualidades Laborales.

4- La apertura de la previsión social hacia otras actividades profesionales

el que se estableció el Seguro de Maternidad, preveía que al concluir el primer trienio de la aplicación de este Seguro el INP presentase al Gobierno un proyecto de ampliación a las trabajadoras autónomas; pero fue otro mandato inobservado. La Recomendación nº 43 OIT de 1933 solicitaba el reconocimiento a los trabajadores autónomos económicamente débiles de la industria, del comercio y de la agricultura de los beneficios de los seguros de invalidez, vejez y muerte, como luego reiteraría la Recomendación nº 67 de 1944 sobre seguridad de los medios de vida. En ese sentido, el art. 8 de la Ley de 1 de septiembre de 1939 remitió a unas futuras órdenes ministeriales la determinación de las condiciones que debía reunir ese colectivo para proceder a su inclusión en el desde entonces denominado Subsidio de Vejez; pero esas disposiciones no fueron aprobadas, y la normativa posterior referida a este seguro se ocupó exclusivamente del trabajo por cuenta ajena. Consideraciones equivalentes cabe hacer respecto del resto de seguros obligatorios, incluso del Seguro Obligatorio de Enfermedad, aprobado por Ley de 14 de diciembre de 1942, que se extendía formalmente a «todos los productores económicamente débiles», expresión que comprendía tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia. Todas esas previsiones carecieron de efectividad, como quedó demostrado en 1948 con la instauración de los denominados «Seguros Sociales Unificados», cuyo ámbito de aplicación comprendía a los trabajadores asalariados, pero se aplazaba indefinidamente la inclusión de los trabajadores por cuenta propia, excepción hecha de los agropecuarios respecto del SOVI. La extensión de la protección social a los autónomos agrarios trae causa de la Ley de 10 de febrero de 1943 (BOE de 3 de marzo), que instauró el Régimen Especial de la Seguridad Social Agropecuaria. Por su parte, una Orden de 27 de mayo de 1950 (BOE de 2 de junio) -en desarrollo de una Orden de 19 de febrero de 1946- extendió el Seguro de Enfermedad a «todos los pescadores incluidos en el Régimen Especial de Seguros Sociales a cargo del Instituto Social de la Marina», previsión de la que también se beneficiaban los trabajadores autónomos. Sin embargo, la incorporación del grueso de los autónomos del mar se pospuso hasta el momento en que «por el Ministerio de Trabajo se determine lo procedente» (Disposición Transitoria); vid. A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, RISS, nº 5, 1963, pp. 1066-1067; A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de «desajustes»*, RL, nº 7-8, 2000, pp. 189 y ss.; I. MARTÍN DE NICOLÁS Y DE OSMA, *Protección social al trabajador autónomo*, RISS, nº 5, 1968, pág. 977; L. PÉREZ CAPITÁN, *El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española*, CES, Madrid, 2005, pp. 38 y ss.; A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pp. 49 y ss.; L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 169-171; J. MONTALVO CORREA, «Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 243; M.E. CASAS BAAMONDE, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 59 y ss.; C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pág. 134; R. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *Régimen Agropecuario de Seguridad Social. Con especial referencia al Seguro de Vejez*, Revista de Política Social, nº 22, 1954, pág. 16; A. RULL SABATER, *La Seguridad Social en España (I)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971, pág. 155; C. DEL PESO Y CALVO, *Previsión y Seguridad Social del Trabajador agrícola*, RISS, nº 2, 1962, pp. 381-382; X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 103-109; I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pág. 46; J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ Y R. CURIEL CUETO, *Aspectos técnicos de la extensión del Seguro Social al campo*, RISS, nº 2, 1952, pp. 239-240.

En buena lógica, tras la inicial restricción de los seguros sociales a los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, su ámbito personal fue creciendo paulatinamente, tanto por el propio convencimiento de los poderes públicos, como por las reivindicaciones de los diferentes sectores¹²⁷. El número de actividades cubiertas se incrementó, y no sólo los trabajadores de la industria se verían amparados, sino que la protección se extendió, aunque con grandes cautelas y por diversas vías, a la mayor parte de los trabajadores asalariados, e incluso a algunos autónomos, fundamentalmente los agrarios¹²⁸ y del mar¹²⁹. Además, el umbral de rentas que permitía el acceso a los diferentes seguros sociales aumentó considerablemente¹³⁰.

En cualquier caso, el criterio de debilidad económica se mantuvo, y prácticamente se convirtió en el único condicionante de acceso a la previsión social. No en vano, la ampliación del ámbito subjetivo de esos instrumentos protectores fue una reivindicación compartida por todos los colectivos de trabajadores excluidos de los seguros sociales, tanto asalariados no industriales como autónomos. Los padecimientos económicos eran comunes a todos ellos, por lo que sin duda se justificaba su petición de una mayor y mejor cobertura de las situaciones de necesidad. En consecuencia, la aspiración del poder público fue la de sustituir la ajenidad por la profesionalidad como requisito determinante del acceso a la previsión social, lo que indirectamente se podía conseguir haciendo primar ese criterio de la escasez de recursos sobre cualquier otra circunstancia.

Sin embargo, los seguros sociales obligatorios, a pesar de su innegable buena intención y en ocasiones ambiciosas pretensiones, solamente ampararon en la práctica a los trabajadores asalariados. Y dentro de éstos, únicamente concedieron todos sus

¹²⁷ Incluso la Iglesia Católica solicitaba la extensión de los instrumentos de previsión social; vid. M. ALONSO OLEA, *Salarios y subsidios familiares en la Mater et Magistra*, Cuadernos de Política Social, nº 52, 1961, pp. 131 y ss.; M. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Directrices cristianas para una ordenación agraria*, Revista de Trabajo, 1961, pág. 1877; J.L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la Iglesia Católica*, Tomo IV, RAYCAR, Madrid, 1971, pp. 194 y ss.

¹²⁸ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, "Régimen Especial Agrario: trabajadores por cuenta ajena", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 43 y ss.; del mismo autor, *Previsión y Seguridad Social del trabajador agrícola*, RISS, nº 2, 1962, pp. 359 y ss. y *Experiencias españolas en la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores del campo*, RPS, nº 97, 1973, pp. 5 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RPS, nº 72, 1968, pp. 95 y ss.

¹²⁹ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985, pág. 11; M.A. VICENTE PALACIO, *Breve panorámica histórica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pp. 7 y ss.; D. BIKKAL, *La Seguridad Social de la gente de mar en España y en el extranjero*, RISS, nº 6, 1957, pp. 1409 y ss.

beneficios a los trabajadores industriales y de servicios, y no a los del resto de sectores, que o bien carecían de cualquier mecanismo tuitivo, o bien les era dispensada una acción protectora de mucha menor intensidad. Así pues, a mediados del siglo XX un gran número de profesionales debían hacer frente por sus propios medios al infortunio, pues *de iure* o *de facto* se veían excluidos de la cobertura pública. A la postre, la ausencia de rentas por la actualización de un riesgo que provocase incapacidad para el trabajo derivaba en un estado de completo desvalimiento¹³¹.

Para afrontar esas situaciones, los poderes públicos no optaron por incluir a todos estos colectivos en los seguros sociales con derecho a una acción protectora completa, sino que recurrieron a una institución de largo arraigo histórico: el mutualismo¹³². Como se sabe, las mutualidades de previsión social son muy anteriores a los seguros sociales¹³³. En su configuración tradicional, los montepíos y mutualidades eran creados por y para un determinado colectivo, y cada afiliado estaba obligado a realizar una serie de aportaciones que servirían para dar amparo a los mutualistas que ante la actualización de una de las contingencias cubiertas se encontrasen en una situación de necesidad¹³⁴. En ese contexto nació una nueva clase de mutualidades, las mutualidades laborales, destinadas esencialmente a cumplir una función de complementariedad, pues buscaban «llenar lagunas que la realidad en cada rama de la producción va revelando»¹³⁵. En un principio, al amparo de la Ley de Montepíos y Mutualidades de Previsión de 6 de diciembre de 1941¹³⁶ comenzaron a constituirse mutualidades de esas características, máxime tras la creación del Servicio de Mutualidades y Montepíos Laborales por mor de una Orden de 24 de octubre de

¹³⁰ Vid. J.A. MARTÍNEZ LUCAS, “Sobre los orígenes del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 176 y ss.

¹³¹ Vid. P. ARNALDOS JIMENO, *La universalidad del campo de aplicación de los seguros sociales obligatorios*, RESS, nº 3, 1951, pp. 291 y ss.

¹³² Las mutualidades han sido definidas como «una peculiar forma de seguro colectivo con autogestión y administración por los propios representantes de los afectados, que abre el camino del intervencionismo estatal y, sobre todo, de la transición a un sistema de Seguridad Social»; cfr. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pág. 55.

¹³³ Vid. B. CERDÁ RICHART, *Historia y doctrina del mutualismo*, Bosch, Barcelona, 1943, pp. 89 y ss.

¹³⁴ Sobre la historia del mutualismo, vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

¹³⁵ Cfr. J.L. MEILÁN GIL, *El mutualismo laboral*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, pág. 85.

¹³⁶ Aunque con ámbito autonómico, el Mutualismo Laboral estaba regulado en Cataluña desde el 22 de mayo de 1934; vid. M.G. PRIETO GUTIÉRREZ y B. PENDÁS GARCÍA, *La Seguridad Social en la Constitución de 1931*, RPS, nº 139, 1983, pp. 87-88; D. BIKKAL, *La Seguridad Social en España*, RISS, nº 3, 1954, pp. 431-432.

1946¹³⁷. Sin embargo, el Mutualismo Laboral propiamente dicho tardaría una década en surgir¹³⁸; en concreto, serían el Decreto de 10 de agosto de 1954 y la Orden Ministerial de 19 de septiembre del mismo año¹³⁹ las normas que institucionalizarían y regularían el Mutualismo Laboral¹⁴⁰.

Las verdaderas notas distintivas del Mutualismo Laboral, que desempeñó un papel trascendental en el desarrollo de la previsión social¹⁴¹, radicaban en su carácter obligatorio y en la ascendencia pública. En este sentido, en todas las actividades señaladas por el Ministerio de Trabajo se exigía la afiliación a la mutualidad laboral correspondiente, que a partir de entonces se haría cargo de la gestión de la previsión social del colectivo en cuestión¹⁴². El Mutualismo Laboral demostró, en definitiva, que los seguros sociales eran instituciones propias de los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, porque los trabajadores por cuenta ajena del resto de sectores – minería¹⁴³, empleados domésticos¹⁴⁴, trabajadores agrícolas¹⁴⁵, del mar¹⁴⁶, etc.–, amén

¹³⁷ Entre las funciones de este Servicio destacaban las de «orientación, vigilancia, difusión y fomento del mutualismo, así como el estudio y la preparación de cuantas medidas y disposiciones sean convenientes para el desarrollo del mismo»; cfr. A. RULL SABATER, *La Seguridad Social en España (I)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971, pp. 125-126.

¹³⁸ Vid. C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pág. 95.

¹³⁹ Pueden consultarse ambas normas comentadas en J. EUGENIO BLANCO y J.L.H. AVILÉS, *Mutualismo Laboral*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1957, pp. 18 y ss.

¹⁴⁰ Vid. C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pp. 96-97; A. REDÉCILLAS LÓPEZ DE SABANDO, *El mutualismo laboral como medio de protección social. Un estudio económico financiero*, CES, Madrid, 2001, pp. 47 y ss.; J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Las mutualidades de previsión social», en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Mapfre, Madrid, 1997, pp. 199-202.

¹⁴¹ Vid. L. PÉREZ CAPITÁN, *El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española*, CES, Madrid, 2005, pp. 163 y ss.

¹⁴² Sobre las ventajas e inconvenientes de esta fórmula, vid. AA.VV., *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Segunda Edición, MTSS, Madrid, 1977, pp. 53-56.

¹⁴³ Vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997, pp. 20 y ss.; B. OLIET GIL, «Régimen Especial de la Minería del Carbón», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 318 y ss.

¹⁴⁴ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *El concepto de "socio beneficiario" del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, RISS, nº 2, 1959, pp. 399 y ss.; del mismo autor, *La responsabilidad de los amos de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, RISS, nº 4, 1962, pp. 947; M. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Derecho comparado y acción internacional sobre el servicio doméstico*, RISS, nº 3, 1959, pp. 763 y ss.

¹⁴⁵ El Decreto de 23 de abril de 1959 constituyó la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria, organismo de afiliación obligatoria para quienes se dedicasen habitualmente a «las actividades agrícolas, ganaderas y forestales comprendidas en las ramas que tuvieren reconocido un sistema especial para la aplicación de los seguros sociales». Sin embargo, esta Mutualidad no se puso en funcionamiento inmediatamente, ya que un Decreto de 29 de octubre del mismo año dejó en suspenso tanto el Decreto de 23 de abril como la Orden de 1 de agosto –que aprobaba los Estatutos de la Mutualidad– hasta que se conociese la opinión de los propios trabajadores agrícolas, expresada a través de la Organización Sindical y del Consejo de Economía Nacional. Finalmente, el Decreto 413/1961, de 2 de marzo, levantó esa suspensión –variando la denominación por la de Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria–, y una Orden de 21 de junio aprobó los Estatutos definitivos, con lo que la citada Mutualidad comenzó a operar; vid. C. DEL PESO Y CALVO, *Previsión y Seguridad Social del trabajador agrícola*, RISS, nº 2, 1962, pp. 391 y ss.; M.E.

de los autónomos, debieron ingresar obligatoriamente en una mutualidad¹⁴⁷. En algunos casos, esa circunstancia supuso el acceso a la previsión social del colectivo en cuestión

CASAS BAAMONDE, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 157-158; A. MONTOYA MELGAR, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RPS, nº 72, 1966, pp. 100-103; C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pp. 134-141; F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 35 y ss.

¹⁴⁶ El Decreto de 17 de marzo de 1934 y la Orden de 10 de diciembre de 1940 constituyeron el Montepío Marítimo Nacional, que comprendía a todos los trabajadores al servicio de empresas navieras, al personal de la Marina Mercante en definitiva, como recogerían los artículos 13 y 14 de la Orden de 14 de abril de 1948, que aprobó los nuevos Estatutos. La protección mutualista de los pescadores se demoraría hasta la creación de una específica mutualidad para ellos. Y ésta fue la Mutualidad Nacional de Previsión de los Pescadores de Bajura, constituida por una Orden de 20 de abril de 1955, y cuyo Reglamento se aprobó en la Orden de 23 de julio de 1958. A esta última mutualidad debían afiliarse, a tenor del art. 6 de la Orden de 23 de julio de 1958, los «productores sujetos a la vigente Reglamentación Nacional del Trabajo en la Pesca Marítima, que de modo habitual se dediquen a las faenas pesqueras durante un mínimo de ciento ochenta días al año, que figuren en los censos de la Mutualidad y que presten sus servicios en embarcaciones de cualquier clase y tonelaje e instalaciones o concesiones pesqueras»; además, y de forma más concreta, se exigía específicamente la afiliación de los inspectores de embarcaciones, los administradores de tierra y almadrabas, los almaceneros, los maestros rederos, los rederos, rederas y remendadores, los poceros, los aprovechantes, los chavoleros, los guardas, los avisadores y los denominados «neskatillas» de la flota vasca (art. 107); vid. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 110; A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pág. 20; J. LLEDÓ MARTÍN, *La pesca nacional*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1943, pp. 241-245; C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pp. 121-122.

¹⁴⁷ El Decreto 1167/1960, de 23 de junio, propició la inclusión en el Mutualismo Laboral de los trabajadores «independientes, autónomos y artesanos, cualquiera que sea su actividad profesional o rama de producción en que se encuadren» (art. 1). El objetivo consistía en trasladar el esquema del Mutualismo Laboral de los trabajadores asalariados al ámbito del trabajo autónomo, con lo que los caracteres de aquél simplemente se reproducen en éste. Bajo la cobertura del Decreto 1167/1960 comenzaron a constituirse mutualidades de trabajadores autónomos: una Orden de 13 de diciembre de 1961 (BOE de 27 de diciembre de 1961) aprobó los Estatutos de la Mutualidad de los Trabajadores Autónomos de la Alimentación, mientras que otra Orden de 31 de marzo de 1962 (BOE de 28 de abril de 1962) haría lo propio para la Mutualidad de Transportes y Telecomunicaciones. La vida de estas dos mutualidades iniciales sería efímera, por cuanto la Mutualidad de la Alimentación se integró en la Mutualidad de Actividades Directas para el Consumo, y la de Transportes y Comunicaciones, en la Mutualidad de Servicios; ambas creadas, junto a la Mutualidad de la Industria, por una Orden de 30 de mayo de 1962 (BOE de 13 de junio de 1962), que recoge los Estatutos de estas tres Mutualidades. Gracias a ellas quedaron incluidos en el campo de aplicación de la previsión social la práctica totalidad de trabajadores por cuenta propia de la industria y los servicios. Una de las notas características del mutualismo era su organización por ramas de actividad, lo que explica que los autónomos agrarios y del mar quedasen comprendidos en las mutualidades previstas para esos sectores; vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 130; J.L. MEILÁN GIL, *El mutualismo laboral*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, pág. 75; A. REDECILLAS LÓPEZ DE SABANDO, *El mutualismo laboral como medio de protección social. Un estudio económico financiero*, CES, Madrid, 2001, pág. 3; A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 35; J. EUGENIO BLANCO, *La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España*, RPS, nº 59, 1963, pp. 39 y ss.; M.E. CASAS BAAMONDE, *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 157 y ss.; C. DEL PESO Y CALVO, *Previsión y Seguridad Social del Trabajador agrícola*, RISS, nº 2, 1962, pp. 390 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RPS, nº 72, 1968, pp. 101-103; J. ESCOBAR JIMÉNEZ, *Trabajadores agrícolas y Seguridad Social agraria*, Ibidem, Madrid, 1996, pp. 99 y ss.; J. GALLEGO RECIO, *Régimen del trabajo y seguridad social agraria*, Anaya, Madrid, 1966, pp. 55 y ss.; X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 110; L. PÉREZ CAPITÁN, *El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española*, CES, Madrid,

(servicio doméstico¹⁴⁸, estudiantes y trabajadores autónomos, por ejemplo), mientras que en otras ocasiones se pretendía paliar las consecuencias de la infraprotección que los seguros sociales dispensaban a los trabajadores asalariados no industriales (trabajadores del agro y del mar)¹⁴⁹.

El campo de aplicación del Mutualismo Laboral era amplísimo¹⁵⁰, ya que comprendía a todos los trabajadores asalariados, con independencia de su retribución, que desempeñasen las actividades señaladas por el Ministerio de Trabajo –determinadas en función de la rama profesional-, incluidos los altos cargos y los socios de cooperativas. Concurriera que los funcionarios y los profesionales colegiados tenían sus propias mutualidades –de naturaleza distinta a las Laborales - entre el mutualismo y los seguros sociales la mayor parte de profesionales estaban ya incluidos en un instrumento obligatorio de previsión social¹⁵¹.

El Mutualismo Laboral fue, por consiguiente, la puerta de acceso a la futura Seguridad Social de todos aquellos colectivos no comprendidos en los seguros sociales; y los amparados por mutualidades se vieron beneficiados de la supresión del criterio de debilidad económica, la endémica deficiencia de los seguros sociales. En cualquier caso, el Mutualismo Laboral fue una situación transitoria para un gran número de colectivos, en el sentido de que su esplendor no perduró más de una década. La causa fue, como se sabe, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y sus posteriores desarrollos. El establecimiento de un Sistema de Seguridad Social de base profesional conllevó la inclusión en el mismo de todo aquél que desarrollase una actividad profesional, con independencia de la naturaleza de ésta y del sector en que se realizase. En ese contexto, el Mutualismo Laboral debió perder su carácter obligatorio, porque los trabajadores que se beneficiaban de él pasaron a engrosar alguno de los regímenes de la nueva Seguridad Social. Claro ejemplo de esa situación son los servidores domésticos o los trabajadores autónomos, cuyo acceso al Mutualismo Laboral, y por ende a la previsión social, data de 1959 y 1960, respectivamente; pero ambos se integraron en regímenes especiales de la Seguridad Social apenas una década después.

2005, pp. 184 y ss.; A. CÁMARA BOTÍA y J. GIL PLANA, *El RETA: Génesis, evolución y perspectivas*, DL, nº 69, 2003, pp. 13 y ss.

¹⁴⁸ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 17 y ss.

¹⁴⁹ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, *Legislación social de los trabajadores del mar*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1947, pp. 199 y ss.

¹⁵⁰ Vid. C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pág. 21.

¹⁵¹ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *De la previsión social a la protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la constitución*, Economía y Sociología del Trabajo, nº 3, 1989, pág. 17.

5- La creación de un Sistema de Seguridad Social sobre bases profesionales

El Mutualismo Laboral fue el primer paso hacia la incorporación de todos los trabajadores a los mecanismos públicos de previsión social. Aunque los inconvenientes de los seguros sociales fueron puestos de manifiesto claramente por los informes Beveridge¹⁵², la tendencia a la universalidad que supone la creación de un sistema de Seguridad Social¹⁵³ no se concretó en España hasta la década de los sesenta¹⁵⁴. El proceso de modernización parte de un Decreto de 14 de junio de 1957, que encomendó al INP la elaboración de un Plan Nacional de Seguridad Social, para unificar, modernizar y racionalizar la gestión de los seguros sociales. Dentro del INP se sucedieron proyectos fallidos en tal sentido de Jordana de Pozas, Ucelay Repollés o Segurado, hasta que se inició en 1962 el que ha sido denominado como Plan Romeo, en alusión al Ministro de Trabajo que lo concibió y puso en práctica: Romeo Gorría¹⁵⁵.

¹⁵² Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "Limitaciones del régimen español de previsión social anterior a la Ley de Bases de 1963", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pp. 19 y ss.; J. PÉREZ LEÑERO, *Fundamentos de la Seguridad Social*, Aguilar, Madrid, 1956, pág. 14.

¹⁵³ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 29; G. PRIETO ESCUDERO, *El ámbito personal en la futura Seguridad Social integral*, RPS, nº 107, 1975, pág. 124; C. MARTÍ BUFILL, *Presente y futuro del seguro social*, Studium, Madrid, 1947, pág. 23.

¹⁵⁴ «La Seguridad Social exige frente a la Previsión Social la extensión del campo de aplicación de sus normas, de modo que los beneficios afecten a toda persona y no a personas determinadas o calificadas por su *status* laboral o profesional; en segundo lugar, supone la ampliación de las prestaciones, y, por último, exalta la solidaridad ante las situaciones protegidas por parte de los que participan de cualquier forma en el sistema»; cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, "La reforma del Estatuto en la función pública civil y la Seguridad Social de los funcionarios", en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 31-32. En la misma línea, se ha afirmado que «la evolución de una previsión social, montada sobre el criterio de la laboralidad limitada, primero, y sobre el criterio de la profesionalidad, después, abre paso hacia un Sistema de Seguridad Social asistencial, asentado sobre el principio de universalidad subjetiva, a través del que se integra en la protección de la Seguridad Social a toda la población del país, no ya en virtud del título de trabajador, sino en virtud de la simple consideración humana y de ciudadano»; cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 63-64, 1981, pág. 21; la misma idea expresan M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Cuarta Edición, Madrid, 1972, pág. 26; y J. CASTÁN TOBEÑAS, *La Seguridad Social y su actual perspectiva*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 1966, pp. 510-511.

¹⁵⁵ Vid. J. EUGENIO BLANCO, *La planificación de la Seguridad Social española desde 1957 a 1963*, Imprenta de José Luis Cosano, 1963, pp. 5-89 y 140-143; A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pp. 29-31; C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 27, 1966, pp. 469-472; E. MUT RÉMOLA, *Evolución de la Seguridad Social en España*, RISS, nº 5, 1972, pp. 1104-1107.

De ahí surgió, no sin dificultades¹⁵⁶ -pues desató «apasionadas polémicas, incluso antes de ser llevado a las Cortes el Proyecto»-¹⁵⁷, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963¹⁵⁸, que aunque realmente dista mucho de la concepción de Lord Beveridge¹⁵⁹, constituye un hito decisivo¹⁶⁰, por cuanto cabe situar en ese punto «el momento fundacional del actual sistema español de Seguridad Social, no sólo porque trató de introducir un mínimo de organicidad en un panorama protector que adquiriría dimensiones de complejidad difícilmente abarcables, sino también porque marcó directrices que imponían una nueva visión de la previsión social, y porque ordenó y sistematizó el “complejo” normativo anteriormente existente»¹⁶¹.

Durante el período de gestación de la Ley de Bases se planteó la posibilidad de generalizar la protección a toda la población¹⁶², «es decir, la sustitución de un régimen de Seguridad Social laboral por un Sistema de Seguridad Social nacional [...]; tal tesis, no se estimó, sin embargo, llegado el momento de adoptarla como criterio inspirador de la ley, ante las inmensas consecuencias económicas que ello produciría, y la ley nació en la misma línea prevista por el proyecto, de conectar los beneficios de la Seguridad Social a la exigencia de una realidad de trabajo»¹⁶³. Aunque el texto legal finalmente aprobado contenía mejoras respecto de la situación anterior, como la largamente

¹⁵⁶ Vid. L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 181-186; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “Antecedentes normativos y aparición del Sistema de Seguridad Social en España. La Constitución Española”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 51 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, “Las causas de oposición a la Ley de Bases de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, p. 25 y ss.

¹⁵⁷ Cfr. AA.VV., *Prontuario de Seguridad Social*, Segunda Edición, Colex, Madrid, 2004, pág. 41.

¹⁵⁸ Ley 193/1963 (BOE de 30 de diciembre).

¹⁵⁹ La Ley de Bases se fundamenta en la solidaridad, pues como afirma su Preámbulo, la Seguridad Social es «una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto a los viejos; a los sanos, respecto a los enfermos; a los ocupados, respecto a los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares, respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos».

¹⁶⁰ «El proyecto de Seguridad Social, una Ley General de Seguridad Social, es un espíritu, es una idea, y más que una idea es un ideal; es un ideal de convivencia, porque lo que lleva tras sí, es uno de los sentimientos clave para que una comunidad pueda existir como tal, es el sentimiento de solidaridad entre sus componentes»; cfr. M. ALONSO OLEA, *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1964, pág. 26.

¹⁶¹ Cfr. F. DURÁN LÓPEZ, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Evolución del Derecho de la Seguridad Social*, en Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 178.

¹⁶² Lo que por supuesto no significa una idéntica cobertura de riesgos para cada persona, situación que ha sido calificada doctrinalmente como no «posible, ni deseable»; cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “La reforma del Estatuto en la función pública civil y la Seguridad Social de los funcionarios”, en L.E. DE LA VILLA GIL *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 32.

¹⁶³ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, *Los problemas de personalidad en la Ley de Bases de la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964, pág. 23.

esperada unificación¹⁶⁴, la universalidad subjetiva se manifestaba más como anhelo que como un objetivo inmediato, y el Sistema, sin duda continuista¹⁶⁵, conservaba su carácter profesional-contributivo¹⁶⁶.

Las leyes de bases, como se sabe, no obligan a los ciudadanos, sino a los poderes públicos. Por ello, las prescripciones de la Ley de Bases de la Seguridad Social necesitaban plasmarse en una norma de desarrollo para alcanzar efectividad. Ése fue el cometido asignado a la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que procedió a la constitución del Sistema de Seguridad Social reflejando fielmente, en lo que al ámbito subjetivo se refiere, las prescripciones de la Ley de 1963. Las importantes reformas sufridas por la LSS de 1966, sobre todo las introducidas por la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social de 21 de junio de 1972, motivaron que el Parlamento encargase al Gobierno la elaboración de un texto refundido que sistematizase las normas vigentes en materia de Seguridad Social. De este modo, el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que, en lo que aquí interesa, seguía aceptando el ámbito subjetivo y la estructura del Sistema en los términos diseñados por la Ley de 1963, y por ello la contributividad mantuvo su posición preponderante como pórtico de acceso a la previsión social¹⁶⁷.

Por consiguiente, la Ley de Bases de Seguridad Social fue un paso más hacia el seguro total –una evolución más ambiciosa de los seguros sociales unificados de 1948 si se quiere¹⁶⁸–, con objeto de simplificar la gestión de los seguros sociales¹⁶⁹. Ciertamente es

¹⁶⁴ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 30-31.

¹⁶⁵ La Ley de Bases «constituye en cierto sentido más una solución de término que no una posición de inicio y de arranque»; cfr. A. RULL SABATER, *La Seguridad Social en España (II)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971, pág. 13.

¹⁶⁶ La Ley de Bases es una norma «de ambiciosos principios y directrices, que se presentaba a sí misma como el momento histórico en que la etapa de los seguros sociales era superada por la de la auténtica Seguridad Social, pero que en rigor apenas si hizo algo más que una sistematización de los viejos seguros sociales»; cfr. A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pp. 32-33. En el mismo sentido, «la Ley de Bases no va a ser esencialmente un paso adelante desde el punto de vista material, sino en el campo estrictamente jurídico; es decir, nos engañaríamos si supusiéramos grandes progresos materiales después de la Ley de Bases; su cometido fundamental será, en la realidad, la reestructuración y ordenación sistemática y jurídica de algo ya fundamentalmente existente»; cfr. J. VIDA SORIA, «Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 193/63, de 28 de diciembre, que aprueba las bases para la reestructuración de la Seguridad Social española», en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964, pág. 35.

¹⁶⁷ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 25.

¹⁶⁸ Mediante Decreto de 18 de abril de 1947 el Subsidio de Vejez se integró en el Seguro de Vejez e Invalidez, el conocido SOVI que, por cierto, aún despliega efectos (DT 7ª LGSS). A continuación, los Decretos de 9 de enero y 29 de diciembre de 1948 incorporaron el SOVI a los denominados «Seguros Sociales Unificados», que, a pesar de su denominación, únicamente supusieron un procedimiento

que podía apreciarse algún progreso¹⁷⁰, pero en ningún caso se producía un cambio radical respecto de la situación anterior¹⁷¹, sino que la Ley de Bases incorporó «en el nuevo esquema una realidad plural subsistente»¹⁷². No obstante, la Ley de Bases sí supuso un punto de inflexión, y marcaría hacia el futuro una nueva tendencia que ha dado lugar al actual Sistema de Seguridad Social¹⁷³.

La profesionalidad que como requisito nuclear de acceso al Sistema se ha exigido desde entonces parte de la Base Segunda de la Ley de 1963; en ella se afirma que «tendrán derecho a los beneficios de la Seguridad Social todos los españoles, cualesquiera que sean su sexo, estado civil y profesión, que residan en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes». Esos apartados se refieren a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados en las distintas ramas de la actividad económica, mayores de catorce años, fijos, eventuales o de temporada, sea cual fuera su categoría profesional y la forma y cuantía de la remuneración que perciban; 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; a los socios trabajadores de cooperativas de producción; a los servidores domésticos; a los estudiantes, de conformidad con la Ley de Seguro Escolar; y a los funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación.

En realidad, todos estos colectivos ya estaban incluidos en la previsión social, bien fuera en los seguros sociales o bien en una mutualidad. Pero la Ley de Bases

unificado de afiliación y cotización para tres seguros sociales: el SOVI, el Seguro de Enfermedad y el Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares; vid. M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Primera Edición, Madrid, 1959, pp. 223 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 6 y ss.; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1990, pp. 49-50.

¹⁶⁹ Vid. C. GONZÁLEZ POSADA, *Los seguros sociales obligatorios en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Tercera Edición, Madrid, 1949, pp. 429-458.

¹⁷⁰ Vid. A. RULL SABATER, *La política social de España. Examen del pasado y perspectivas*, Revista de Trabajo, nº 46, 1974, pp. 7 y ss.

¹⁷¹ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, *Experiencias españolas en la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores del campo*, RPS, nº 97, 1973, pp. 11-12.

¹⁷² Cfr. J.I. TEJERINA ALONSO, *La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas*, RSS, nº 31, 1986, pp. 60-61.

¹⁷³ «En todos los antecedentes remotos y próximos de la Ley late muy sensiblemente esta idea reformista y de mejora de los seguros sociales, en consonancia con un movimiento general de reforma administrativa, que en lo que tiene de reformista tiene de consolidación y readaptación de situaciones existentes»; cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El Estado y la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964, pág. 55.

preveía su ingreso en el Sistema de Seguridad Social, lo que incidía directamente en las mutualidades, que para subsistir –salvo contadas excepciones- tuvieron que transformarse en voluntarias -o integrarse formalmente en el Sistema, como en el caso de los funcionarios- habida cuenta de que el apartado 9 de la Base Segunda establecía la prohibición de inclusión múltiple obligatoria¹⁷⁴.

Conviene recordar que tanto la mención al sexo como al estado civil en la Ley de Bases –y en el vigente art. 7 LGSS- obedecen a razones históricas. Los seguros sociales nunca limitaron la afiliación a esas circunstancias, pero desde el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 el legislador manejó un concepto de familia caracterizado por una clara división de roles¹⁷⁵: mientras al hombre se le confería la responsabilidad de trabajar fuera del hogar para obtener el sustento económico, la mujer habría de atender las faenas domésticas y el cuidado de los hijos, que constituían su «ocupación natural»¹⁷⁶. El Régimen de Subsidios Familiares, que trae causa de una Ley de Bases de 18 de julio de 1938, recogió esta filosofía, que se traducía en que la mujer no generaba derecho a subsidio, así como tampoco los matrimonios sin hijos o con un único vástago¹⁷⁷. Además, dentro del Régimen de Subsidios Familiares se crearon los préstamos a la nupcialidad¹⁷⁸ (Decreto de 22 de febrero de 1941), los premios de

¹⁷⁴ A tenor de ese apartado, «las personas afectadas por la presente base no podrán estar afiliadas por el mismo trabajo con carácter obligatorio en otros regímenes de previsión distintos de los regulados en esta Ley».

¹⁷⁵ La Declaración XII del Fuero del Trabajo proclamaba que el Estado «reconoce a la familia como célula primaria natural y fundamento de la sociedad, y, al mismo tiempo, como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva».

¹⁷⁶ Vid. A. MONTOYA MELGAR, «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la Guerra Civil», en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 59-67; L. JORDANA DE POZAS, *Estudios sociales y de previsión*, Tomo II, Vol. I, INP, Madrid, 1961, pp. 262 y ss.

¹⁷⁷ Como señalaba el Preámbulo de esa norma, el propósito consistía en asegurar al trabajador «la cantidad de bienes indispensables para que, aunque su prole sea numerosa, y así lo exige la Patria, no se rompa el equilibrio económico de su hogar y llegue a la miseria». Con ello, se pretendía evitar que la madre se viera compelida «a buscar en la fábrica o taller un salario con que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándola de su función suprema e insustituible, que es la de preparar a sus hijos, arma y base de la Nación, en su doble aspecto espiritual y material»; cfr. AA.VV., *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Segunda Edición, MTSS, Madrid, 1977, pp. 46-48; también, C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 26, 1966, pp. 198-199.

¹⁷⁸ «Pueden solicitar el préstamo los trabajadores varones asegurados del Régimen que sean solteros, con menos de treinta años, o cuarenta si es excombatiente o ex cautivo, que vayan a contraer matrimonio con mujer soltera menor de veinticinco años, o treinta y cinco si es ex combatiente o ex cautiva, y que el importe de sus ingresos anuales sea inferior a 10.000 pesetas. También se podrán conceder a las mujeres solteras como futuros cónyuges cuando hayan trabajado durante nueve meses como mínimo en los dos años anteriores al matrimonio, respetándose los límites de edad dichos antes y el sueldo anual a percibir, siempre que la mujer se comprometa a renunciar a su trabajo, a no ser que el marido se encuentre parado o incapacitado. La edad para los varones ex combatientes se amplía hasta los cuarenta años. Sólo se

natalidad (Decretos de 22 de febrero de 1941) y los subsidios de viudedad y orfandad (Decreto de 14 de septiembre de 1949)¹⁷⁹, todos ellos con un mismo propósito: desincentivar la incorporación al trabajo de la mujer¹⁸⁰. Aunque financiado plenamente por los empleadores, cabe mencionar el llamado Plus de Cargas Familiares¹⁸¹, un complemento recibido por el trabajador para allegar fondos que contribuyesen al sostenimiento de la familia, en la medida que la cuantía del Plus dependía por un lado del salario y por otro de las cargas familiares¹⁸², y entre sus objetivos se encontraba también «reintegrar al hogar a las mujeres casadas que trabajan por cuenta ajena»¹⁸³.

Todas estas medidas apuntaban en la misma dirección, si bien es cierto que no se estableció expresamente una prohibición general de trabajo de la mujer¹⁸⁴, ni se limitó la afiliación a los seguros sociales por razón de sexo¹⁸⁵. La mujer podía desempeñar un trabajo remunerado y ser beneficiaria de las correspondientes prestaciones con independencia también de su estado civil, aunque se establecieron ciertas restricciones para las mujeres casadas¹⁸⁶, que, a la postre, impregnaban de peculiaridades artificiales

concederá un préstamo por matrimonio»; cfr. A.E. LÓPEZ-ARANDA, *Alcance y finalidad de los Seguros Sociales obligatorios*, Imprenta Gironés, Madrid, 1945, pp. 261-262.

¹⁷⁹ Vid. S. AZNAR, *Los Seguros Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pp. 196-197.

¹⁸⁰ Vid. R. ALCÁZAR CARRILLO, *La Seguridad Social y la protección a la familia*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976, pp. 263-273; A.E. LÓPEZ-ARANDA, *Alcance y finalidad de los Seguros Sociales obligatorios*, Imprenta Gironés, Madrid, 1945, pp. 263-264.

¹⁸¹ Apareció por primera vez en la Reglamentación de Trabajo de la Banca Privada de 28 de abril de 1942, y se extendió posteriormente a las minas de carbón, a las minas de plomo, a la industria siderometalúrgica y a la metalgráfica; vid. AA.VV., *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Segunda Edición, MTSS, Madrid, 1977, pág. 61; A. RULL SABATER, *La Seguridad Social en España (I)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971, pp. 109-116.

¹⁸² En función de las cargas familiares se concedían una serie de puntos que después determinarían la cuantía del Plus; vid. C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 26, 1966, pp. 245-249.

¹⁸³ Cfr. D. BIKKAL, *La Seguridad Social en España*, RISS, nº 3, 1954, pág. 449.

¹⁸⁴ Aunque sí limitaciones concretas; vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Discriminación y trabajo femenino en la minería*, RL, Tomo I, 1987, pp. 108 y ss.; M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas*, REDT, nº 63, 1994, pp. 157 y ss.

¹⁸⁵ Vid. A. DURÁN HERAS, *Trabajo femenino contra salario al ama de casa*, Revista de Trabajo, nº 53, 1976, pp. 59 y ss.

¹⁸⁶ Vid. C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991, pág. 43; E. ALEMANY ZARAGOZA, *Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días*, AS, nº 22, 2005, pp. 53 y ss.

el contrato de trabajo¹⁸⁷, e incluso impedían el acceso a algunos mecanismos de previsión social¹⁸⁸.

En suma, y no habiendo existido limitaciones formales de acceso a los seguros sociales, la equiparación por razón de sexo efectuada en la Ley de Bases de 1963 no supuso una inclusión constitutiva de las mujeres en la previsión social, sino la manifestación de un cierto cambio de orientación¹⁸⁹. La Base Segunda podría valorarse como un paso en la remoción de las trabas, siquiera desde un punto de vista psicológico, para la incorporación de las mujeres al mundo laboral. Quizá sea ésta la interpretación que mejor explique por qué toda la legislación de Seguridad Social posterior a la Ley de Bases ha contenido esas referencias al sexo y al estado civil como aspectos que en modo alguno son decisivos, por sí mismos, para la identificación de los sujetos comprendidos en la Seguridad Social; en el momento actual, tanto el art. 14 CE¹⁹⁰ como el Derecho Comunitario¹⁹¹ hacen inviables restricciones en el acceso al Sistema por esas circunstancias, aunque eventualmente caben diferencias de trato razonables en la dispensación de la acción protectora¹⁹².

La Ley de Bases también consideró irrelevante la «profesión» a efectos de acceder al campo de aplicación de la Seguridad Social; ello suponía, por un lado, que la distinción entre «obreros» y «empleados» sería irrelevante para el Sistema¹⁹³, y, por

¹⁸⁷ Vid. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, "Contrato de trabajo de las mujeres", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 21 y ss.; G. DIÉGUEZ CUERVO, *La autorización marital para el trabajo en Derecho español*, RPS, nº 63, 1964, pp. 133 y ss.; M. BOU VIDAL, *El contrato de trabajo de las mujeres*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 77 y ss.; M. FRAGA IRIBARNE, *El trabajo de la mujer casada*, Cuadernos de Política Social, nº 53, 1962, pp. 5 y ss.

¹⁸⁸ Como ocurría con el Montepío Nacional del Servicio Doméstico; vid. D. CLEOFÉ SÁNCHEZ, "Régimen Especial de Empleados del Hogar", en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 422.

¹⁸⁹ Se explica por ello sin dificultad que no se mencionen otras condiciones personales, porque nunca han sido utilizadas como criterios de exclusión. No obstante, el reconocimiento genérico de igualdad en el acceso al Sistema evita dificultades exegéticas posteriores derivadas de omisiones. A modo de ejemplo, la Constitución sudafricana de 8 de mayo de 1996, con el propósito de corregir la previa exclusión del Sistema de la población negra, simplemente se limitó a declarar, en su art. 27.c), que «*everyone has the right to have access to social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance*».

¹⁹⁰ Vid. STC 103/1983, de 22 de noviembre.

¹⁹¹ A tales efectos se aprobaron las Directivas 79/7/CC, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; vid. J. RIVERO LAMAS, "La igualdad de tratamiento de la mujer. Marco jurídico general", en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pp. 251 y ss.

¹⁹² Vid. F. FERRERAS ALONSO, *La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social española: de la realidad constitucional a la realidad diaria*, RL, nº 17, 2003, pp. 33 y ss.

¹⁹³ En Alemania esa distinción entre los *arbeiter* (trabajadores manuales) y los *angestellte* (trabajadores intelectuales) sigue teniendo importancia en la concesión de ciertos beneficios de Seguridad Social, al

otro, que están comprendidos en su ámbito subjetivo los trabajadores de cualquier rama de producción¹⁹⁴. Por el contrario, la Ley de Bases mantenía el requisito de encuadramiento sindical, que parte del Fuero del Trabajo y que se utilizó como referente para determinar qué actividades o qué sujetos podían acceder a los instrumentos de previsión social, con especial incidencia en el marco del trabajo autónomo. En su época de mayor intensidad, el art. 5 Decreto 1167/1960 contenía esa exigencia respecto del Mutualismo Laboral, con la particularidad de que cada Mutualidad de trabajadores por cuenta propia únicamente admitía a los autónomos de determinados sindicatos o grupos profesionales¹⁹⁵, por lo que «la afiliación a la Mutualidad, aun cuando tuviera un carácter obligatorio¹⁹⁶, se realizaba indirectamente al encuadrarse en el grupo»¹⁹⁷. De ahí que estos mecanismos protectores no alcanzasen a los autónomos que, aun integrados en el sindicato, pertenecían a un grupo profesional distinto¹⁹⁸, y que quienes no estaban integrados en un sindicato, o lo estaban en uno distinto a los previstos para cada Mutualidad, quedasen al margen de la previsión social¹⁹⁹.

igual que sucede en Italia; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pp. 22 y 198.

¹⁹⁴ Vid. J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 132.

¹⁹⁵ A modo de ejemplo, la Orden de 13 de diciembre de 1961, relativa a la Mutualidad de los Trabajadores Autónomos de la Alimentación, declaraba obligatoria la afiliación de los trabajadores autónomos del Sindicato Nacional de la Alimentación y Productos Coloniales que estuviesen encuadrados en los siguientes Grupos Profesionales: Almacenistas; Caramelos; Confiterías; Chocolates; Churros, Tortas y Bollos; Detallistas de Ultramarinos; Preparadores de Especies; Estuchistas de Azúcar; Galletas; Gaseosas y Bebidas Carbónicas; Helados; Jarabes, Horchatas y Zumos de Frutas; Importadores de Bacalao; Importadores de Café; Pastas para Sopa; Prensadores de Cacao; Productos Dietéticos Alimenticios; Sucedáneos de Café; Supermercados; Torrefactores y Turrónes.

¹⁹⁶ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pág. 49.

¹⁹⁷ Cfr. A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 34.

¹⁹⁸ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, "Profesionales titulados y Seguridad Social pública", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 558.

¹⁹⁹ Como dispuso la Orden de 30 de mayo de 1962, a la Mutualidad de Trabajadores Autónomos de Servicios no podrían afiliarse quienes no estuvieran integrados en alguno de estos sindicatos: el de Actividades Diversas; el de Agua, Gas y Electricidad; el del Espectáculo; el de Hostelería y Similares; y el de Transportes y Comunicaciones. Por su parte, a la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Industria estaban adscritos el Sindicato del Combustible; el Sindicato de la Construcción; el Sindicato de Industrias Químicas; el Sindicato de la Madera y Corcho; el Sindicato del Metal; el Sindicato del Papel, Prensa y Artes Gráficas; el Sindicato de la Piel; y el Sindicato Textil. Finalmente, estaban encuadrados en la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de las Actividades Directas para el Consumo: el Sindicato de la Alimentación; el Sindicato del Azúcar; el Sindicato de Cereales; el Sindicato de Frutos y Productos Hortícolas; el Sindicato de la Ganadería; el Sindicato del Olivo; el Sindicato de la Pesca; y el Sindicato de la Vid, Cervezas y Bebidas; vid. J. EUGENIO BLANCO, *La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España*, RPS, nº 59, 1963, pág. 51, nota 7.

La Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 consideró oportuno trasladar esa exigencia al Sistema de Seguridad Social²⁰⁰, lo que se plasmó en el art. 7.1.b) tanto de la LSS como de la LGSS de 1974. El Decreto 2530/1970 no sólo reiteró el requisito, sino que además estimó necesario, para el ingreso en el RETA, que la profesión que se ejerciese estuviese encuadrada corporativamente²⁰¹. La exigencia de encuadramiento sindical provocó la exclusión de muchos trabajadores autónomos, y entre ellos, como se verá, del grueso de los profesionales liberales, cuya adscripción a los colegios profesionales, y no a los sindicatos, suponía un incumplimiento insubsanable de los requerimientos del Decreto 2530/1970²⁰². La Ley 19/1977, de 1 de abril, reconoció la libertad sindical, y a su amparo el Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, suprimió la obligatoriedad de sindicación que con carácter general era necesaria para ejercer una profesión,¹⁵ como ratificó posteriormente el art. 28.1 CE.

6- La progresiva universalización del Sistema

Aunque no era su cometido más inmediato, y tampoco su mayor preocupación, el constituyente pretendió impulsar la evolución natural del Sistema de Seguridad Social, y evitar con ello la petrificación del modelo previo. La redacción del art. 41 de la Constitución de 1978 marcaba la pauta a seguir, declarando que el régimen público de Seguridad Social debía comprender a «todos los ciudadanos»²⁰³. Aunque hay discrepancia doctrinal acerca de si el art. 41 CE configura un único sistema de Seguridad Social o admite tanto el modelo profesional como el universal²⁰⁴, lo cierto es que «el elemento fundamental, sobre el que no cabe discusión o duda alguna, es la universalización subjetiva de la protección a través de un régimen público de Seguridad Social»²⁰⁵. Esa universalización es uno de los «principios más genuinos de la Seguridad

²⁰⁰ Base Segunda, apartado 5.b).

²⁰¹ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 134; J. MONTALVO CORREA, “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 250-252.

²⁰² III.5.

²⁰³ Sobre los orígenes del precepto, vid. J. VIDA SORIA, “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pp. 93-98.

²⁰⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pp. 269 y ss.

²⁰⁵ Cfr. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 43.

Social»²⁰⁶, que posibilita el tránsito «de la Seguridad Social Laboral a la Seguridad Social sin apellidos restrictivos»²⁰⁷.

No obstante, y a tenor del texto constitucional, mientras que los trabajadores tienen un derecho subjetivo público frente al Estado «respecto al mantenimiento y desarrollo de su Seguridad Social [...], la referencia a la extensión a todos los ciudadanos ha de acogerse como un interés legítimo de éstos a que el legislador extienda el campo protector de la Seguridad Social»²⁰⁸. Desde un punto de vista formal, quizá era más garantista la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, pues su apartado IX no se limitaba a establecer un mandato para los poderes públicos, sino que explícitamente concedía a todos los españoles el derecho a los beneficios de la Seguridad Social. Pero ninguna actuación posterior a la Ley de 1958 demostró voluntad alguna de extender la previsión social más allá de quienes realizasen una actividad profesional, al contrario de lo que ha sucedido tras la Constitución²⁰⁹.

En efecto, el art. 41 CE sí se ha traducido en actuaciones concretas para integrar en la Seguridad Social a ciudadanos que no desarrollan una actividad profesional, aunque no de forma inmediata. La Constitución establece claramente la garantía institucional de la Seguridad Social, exigiendo el carácter público del régimen, la suficiencia de las prestaciones y la generalidad del ámbito personal de cobertura²¹⁰. De este modo, la protección social supeditada exclusivamente al desarrollo de una actividad profesional y a la previa cotización no satisface las prescripciones constitucionales, pues ciudadano no es solamente aquél que realiza una actividad profesional que a juicio de la ley vigente en cada momento merezca protección. Sin embargo, la consecución de la

²⁰⁶ Cfr. J. GARCÍA MURCIA, "Formación y ordenación actual de la Seguridad Social española", en AA.VV., *Cuadernos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, nº 3, 1995, pág. 50. En el mismo sentido, vid. F. MARIQUE LÓPEZ, "El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y estado actual", en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 165; M.C. POLO SÁNCHEZ, *Prestaciones no contributivas y principio de igualdad*, RL, Tomo I, 1995, pp. 117 y ss.; G. PRIETO ESCUDERO, *Bases doctrinales para una Seguridad Social integral*, Revista de Trabajo, nº 46, 1974, pág. 55.

²⁰⁷ Cfr. J. VIDA SORIA, "La Seguridad Social en la Constitución de 1978", en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 106; en el mismo sentido V. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La Seguridad Social y su futuro*, RSS, nº 15, 1982, pág. 208.

²⁰⁸ Cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 63-64, 1981, pág. 21.

²⁰⁹ Vid. CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo sistema de seguridad social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, Madrid, 1983, pág. 27.

²¹⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensiones no contributivas y Seguridad Social*, RL, nº 12, 1988, pág. 5; E. BORRAJO DACRUZ, *El modelo constitucional de la Seguridad Social en España*, Revista de Trabajo, nº 65, 1982, pp. 36-37; J.M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales*, RSS, nº 15, 1982, pp. 77 y ss.

universalidad subjetiva «no tiene que llevar aparejado que se haga tabla rasa del actual sistema –contributivo-, ya que es posible [...] que se parta de él para llegar al nuevo sin el trauma social, difícilmente asumible, que supondría su desmantelamiento o reducir la eficacia de sus mecanismos de protección esenciales»²¹¹.

Por consiguiente, la universalidad subjetiva exigida por el art. 41 CE no precisa necesariamente renegar de los mecanismos contributivos de protección social imperantes hasta 1978²¹², porque «son muy diversos los procedimientos de cumplir ese mandato y todos ellos tienen cabida en el marco constitucional»²¹³; pero una Seguridad Social condicionada exclusivamente a la cotización es ya insuficiente, inconstitucional, o al menos, aconstitucional, pues la CE requiere mecanismos de protección no contributivos, «deslaborizados»²¹⁴, que concedan amparo a las personas en acreditado estado de necesidad que no hayan podido acceder a los beneficios de la Seguridad Social contributiva por no cumplir los requisitos necesarios para ello. Es posible afirmar, por tanto, que la Constitución concibe «la asistencialidad como el futuro que ha de llegar y la contributividad como el punto desde el que se partió»²¹⁵, por cuanto «la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista»²¹⁶.

A tenor de su ubicación sistemática, es claro que la Seguridad Social no es un derecho fundamental –y de ahí que el art. 41 CE haya sido calificado como «uno de los peores de la parte “dogmática” de la Constitución de 1978»²¹⁷-, sino un principio rector de la política social y económica²¹⁸, y como tal, en los términos del art. 53.3 CE, carece de «vigencia directa»²¹⁹ y sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de

²¹¹ Vid. A. DE PEREDA MATEOS, *La limitada protección actual de los familiares a cargo del trabajador, ante la implantación de un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos*, RSS, nº 15, 1982, pág. 329.

²¹² Vid. A. HATLAND, “Pensiones no contributivas”, en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 102.

²¹³ Cfr. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La Seguridad Social y la Constitución de 1978*, en *Papeles de Economía Española*, nº 12-13, 1982, pág. 124.

²¹⁴ Cfr. V. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La Seguridad Social y su futuro*, RSS, nº 15, 1982, pág. 208.

²¹⁵ Cfr. M. CARDENAL CARRO, *La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I)*, en AS, nº 16, 1999, pág. 17.

²¹⁶ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 51.

²¹⁷ Vid. J. VIDA SORIA, “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 93.

²¹⁸ Por ello, «es un derecho que se acerca peligrosamente a la naturaleza de los reconocidos en una norma programática al viejo estilo, de modo que sólo es ejercitable desde el momento y en los términos en que se establezca por una ley ordinaria»; vid. E. BORRAJO DACRUZ, *La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional*, DL, nº 30, 1990, pág. 13.

²¹⁹ Cfr. M. ALONSO OLEA, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 19.

acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen²²⁰, pues el art. 41 CE «no reconoce un derecho subjetivo, inmediato y directo de los ciudadanos»²²¹. La exigencia del texto constitucional puede calificarse de «tenue»²²², ya que únicamente obliga a que el «reconocimiento, el respeto y la protección» del derecho a la Seguridad Social informe «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE)²²³.

Por consiguiente, la configuración de la Seguridad Social compete básicamente al legislador, que goza de un gran margen de maniobra, en la medida que el derecho internacional no establece requisitos concretos, seguramente tampoco podría en el presente contexto, sino a lo sumo límites dotados de gran flexibilidad; pero el art. 41 CE esboza un marco de actuación, que exige el necesario respeto, y por ello el Sistema debe tender hacia la universalidad subjetiva²²⁴. No en vano, la declaración constitucional constituye un permanente recordatorio «al legislador para que avance gradualmente, al tope de lo permisible, en el ensanchamiento del ámbito de aplicación»²²⁵, debido a que «el art. 41 CE hace un diseño de la Seguridad Social con vocación universalista en el área de la protección básica»²²⁶. Es, sin duda, una consecuencia lógica de la situación del Sistema de Seguridad Social a finales de los setenta, momento en el que su ámbito subjetivo ya comprendía al grueso de personas que desarrollaban una actividad profesional, y además de forma obligatoria.

Evidentemente, la situación socioeconómica es un elemento decisivo en la configuración de un sistema de Seguridad Social. Es diáfano el ejemplo de Nueva Zelanda, que en 1938 pudo establecer un sistema asistencial completo que verdaderamente se adelantaba a los principios inspiradores del informe Beveridge; pero

²²⁰ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *El modelo constitucional de protección social*, AS, nº 3, 2004, pp. 44 y ss.

²²¹ Cfr. CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 37.

²²² Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones No Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991, pág. 52.

²²³ No cabe olvidar que, «posiblemente por su aparición tardía, la Constitución Española ha hecho asumir a los poderes públicos compromisos más intensos en materia de Seguridad Social que la mayor parte de las Constituciones de los demás países de la Europa comunitaria»; cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas», en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 153.

²²⁴ «La búsqueda de un modelo de Seguridad Social es una tarea desde el inicio llamada al fracaso por la sencilla razón de que en la Constitución no hay modelo alguno»; cfr. J. APARICIO TOVAR, «La Seguridad Social en la Constitución», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 788.

²²⁵ Cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 131.

su efectividad se debió a que su población era cuantitativamente escasa y muy joven²²⁷. En definitiva, la determinación del campo de aplicación de un sistema de Seguridad Social es un problema complejo, y la decisión sobre la expansión o reducción de su ámbito subjetivo «debe ser muy meditada, así como resultado de estudios muy profundos y amplios, para conocer hasta dónde se puede llegar, según el monto de la fuente de ingresos con que sea posible contar, quedando el resto de la protección [...], que difícilmente encuentra límite, a la libertad de los ciudadanos en particular, de las empresas y trabajadores o demás entes colectivos»²²⁸.

En el contexto de la Transición, la economía española no hubiese soportado la automática sustitución de los seguros sociales por un sistema de Seguridad Social universal²²⁹. Las realizaciones prácticas consistieron en un primer momento en la perfección del modelo contributivo, completando el ámbito subjetivo del Sistema mediante el ingreso de los colectivos que a pesar de desarrollar una actividad profesional permanecían excluidos. Aunque la finalidad debe merecer una indudable valoración positiva, este proceso no se realizó de la manera técnicamente más adecuada, pues esa incorporación, sea al Sistema sea a uno de sus regímenes, se ha producido a través de técnicas diversas, en modo alguno homogéneas, en ocasiones sin el más mínimo propósito –al menos evidente– de sistematización, lo que «unido a la falta de un Reglamento General actualizado (sigue vigente el de 1966) donde efectuar las incorporaciones o integraciones, ha provocado [...] que éstas estén esparcidas por doquier, en normas propias y ajenas, lo que dificulta no sólo su ordenación racional, sino incluso su localización»²³⁰.

El art. 41 CE, en cualquier caso, requería un avance cualitativo, que se demoró hasta que concurrieron las condiciones idóneas para la implantación de medidas

²²⁶ Cfr. STC 3/1993, de 14 de enero (FJ 2º).

²²⁷ Vid. A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995, pp. 422-444; S. AZNAR GERNER, *La Seguridad Social en Nueva Zelanda*, RESS, nº 4, 1948, pp. 789-821; J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77-78.

²²⁸ Cfr. C. DEL PESO Y CALVO, *Presente y futuro de nuestro vigente Sistema de Seguridad Social*, RSS, nº 15, 1982, pág. 355.

²²⁹ Como afirmaba la doctrina en 1984: «pensar que, hoy por hoy, se puede técnicamente pasar de la situación en la que estamos a dar cumplimiento real a ese derecho del ciudadano es simplemente utópico»; cfr. J. VIDA SORJA, «La Seguridad Social en la Constitución de 1978», en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 106. En la misma línea, L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pág. 58.

²³⁰ Cfr. J.L. TORTUERO PLAZA, «Comentario al artículo 7º», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 143.

auténticamente asistenciales. En concreto, hubo que esperar hasta la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que estableció las prestaciones no contributivas de jubilación, invalidez e hijo a cargo. Gracias a ellas se superaba la profesionalidad como condicionante básico de acceso al Sistema de Seguridad Social²³¹, ya que a partir de entonces se ha de dispensar protección, en determinadas circunstancias, a personas que no «hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo»²³², merced a que se encuentran en estado de necesidad²³³.

Las prestaciones no contributivas cuentan con un carácter «residual», que busca proteger situaciones de necesidad legalmente tasadas²³⁴, por lo que no han dado lugar a la universalidad subjetiva²³⁵. No obstante, la ampliación del ámbito subjetivo del Sistema hasta la definitiva consecución de la universalidad es un propósito periódicamente recordado por el legislador, como se advierte en el art. 2.1 LGSS, tras la redacción dada por la Ley 52/2003; en su virtud, «el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad»²³⁶.

²³¹ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 116-117, 2000, pág. 18.

²³² Vid. Preámbulo de la Ley 26/1990.

²³³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensiones no contributivas y Seguridad Social*, RL, nº 12, 1988, pág. 3.

²³⁴ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, "Artículo 2", en J.L. MONEREO PÉREZ Y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 61.

²³⁵ «Entre la idea de Seguridad Social y sus realizaciones prácticas hay, por tanto, una distancia crítica»; cfr. A. DESDENTADO BONETE, *El Sistema normativo de la Seguridad Social*, RDS, nº 18, 2002, pág. 11.

²³⁶ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 27.

CAPÍTULO III- LA PROFESIONALIDAD COMO PRINCIPAL PÓRTICO DE ENTRADA AL SISTEMA; ESPECIAL REFERENCIA AL TRABAJO AUTÓNOMO

Las primeras medidas de previsión social coincidieron en el tiempo con las «leyes de fábricas», sin distinción en función de su naturaleza, pues constituían las dos caras de una misma moneda. Surgieron con un objetivo común, la protección de los trabajadores industriales, y se desarrollaron en paralelo durante varias décadas¹. La configuración del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social como ramas del ordenamiento distintas es relativamente reciente, y viene motivada, fundamentalmente, por la necesidad de liberarse del ceñido corsé que suponía el concepto de trabajador asalariado, y de ese modo permitir la incorporación de todos los sujetos que desarrollen una actividad profesional y, en último término, alcanzar la universalidad subjetiva. En el momento actual, el Sistema de Seguridad Social califica como profesionales no sólo a los trabajadores asalariados, sino también a los autónomos y a quienes por desarrollar una actividad de características similares han sido asimilados a unos u otros. «Trabajador por cuenta propia» y «trabajador autónomo» son expresiones referidas a realidades diferentes, aunque en Derecho Comunitario a menudo se solapan², pues la primera se contrapone a la ajenidad y la segunda a la dependencia³; determinados trabajadores por cuenta ajena, como los profesionales liberales, son auténticos autónomos⁴. Sin embargo, ambas expresiones –junto a las de «trabajador no asalariado» o «trabajador independiente»- se utilizarán indistintamente para facilitar la exposición.

1- La actividad profesional y su reflejo en la estructura del Sistema

¹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones*, RPS, nº 98, 1973, pág. 7.

² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho Comunitario Europeo”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 81.

³ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 39 y ss; I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pp. 35-37.

⁴ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 59-61; A. MONTOYA MELGAR, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 9 y ss.

El campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social se ha construido sobre la base del criterio profesional. El trabajo asalariado fue el origen -y es el núcleo- del Sistema, pero la evolución requería la adopción de una perspectiva más amplia, que permitiese el acceso al Sistema de quienes realizaban un trabajo, fuera o no asalariado. Esta expansión no tuvo lugar a través de instrumentos homogéneos, sino que el legislador buscó fórmulas para adaptar la protección social a las particularidades de cada colectivo, lo que repercutió de forma directa en la manera de organizar la protección y, particularmente, en la parcelación interna del Sistema. La estructura actual del Sistema de Seguridad Social es heredera del crecimiento aluvional de su campo de aplicación, fruto de «la resistencia de determinados colectivos a incorporarse al Régimen General o incluso su tendencia a segregarse de una protección generalizada»⁵. En efecto, la estructura del Sistema se explica a partir de su ámbito subjetivo⁶, pues los regímenes especiales establecen peculiaridades de protección para colectivos concretos.

La fragmentación parte de los mismos orígenes del Sistema, pues la Base Tercera de la Ley de Bases de 1963 ya advertía que «en aquellas actividades profesionales que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciera preciso, se establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social», previsión contenida hoy en el art. 10 LGSS. El legislador, por consiguiente, estimó que la incorporación al Sistema de Seguridad Social no habría de conllevar una equiparación en la intensidad de la acción protectora⁷, que dependerá del concreto régimen en el que el trabajador se encuadre⁸. La estructura del Sistema de Seguridad Social deberá

⁵ Cfr. CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 189. En el mismo sentido, vid. A. MARTÍN VALVERDE, “El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 50.

⁶ Vid. M. ALONSO OLEA, “Los principios cardinales de la Seguridad Social Agraria”, en AA.VV., *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974, pág. 272.

⁷ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, “Prólogo”, en CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pág. XVI; CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 141.

⁸ La existencia de regímenes especiales se justifica por varias razones: actividades especialmente deprimidas, colectivos de trabajadores cuyo sistema de trabajo difiere totalmente del ordinario de los trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta ajena excluidos de la legislación laboral o colectivos no profesionales; vid. G. BAYÓN CHACÓN, “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y regímenes especiales”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 15-19.

apoyarse en una cantidad indeterminada de pilares⁹, tantos como colectivos sean considerados merecedores de una protección específica¹⁰, situación que un sector doctrinal ha considerado incompatible con el art. 41 CE¹¹.

Las dificultades técnicas y financieras detectadas con anterioridad a la Ley de Bases provocaron que la integración de todos los trabajadores en un mismo mecanismo protector resultase prácticamente imposible en los años sesenta¹², y más ante la «irreductible resistencia funcional del colectivo incorporado respecto a las técnicas de protección de los trabajadores asalariados»¹³. En ese momento los seguros sociales alcanzaban solamente a los trabajadores de la industria y los servicios, mientras que el resto de colectivos estaban incluidos en mutualidades. La Ley de Bases era consciente de esta fragmentación -verdadera «carga histórica de la Seguridad Social»¹⁴- y de que la «escandalosa proliferación» de regímenes especiales «constituía una negación de la idea misma de Seguridad Social y de su concreción aplicativa»¹⁵, pero no apostó decididamente por la unificación, ya que «tal vez esta meta es más ideal que posible»¹⁶. De esta forma, el Sistema de Seguridad Social quedaría constituido por un Régimen General, cuyo ámbito subjetivo se define por exclusión a tenor del apartado 12 de la Ley de Bases –«a las personas no comprendidas en los Regímenes de los números anteriores les serán aplicables las disposiciones del Régimen General de Seguridad Social, sin

⁹ La situación no es desconocida en otros países, ya que en Francia el número de regímenes especiales llegó a superar los ciento cincuenta después de la Segunda Guerra Mundial. La solución ha pasado por configurar la mayoría de esos regímenes como situaciones a extinguir, no admitiendo nuevas incorporaciones, y armonizar en lo posible los regímenes subsistentes; vid. T. TAURAN, *Droit de la Sécurité Sociale*, PUG, Grenoble, 2000, pp. 116-117; G. HUTEAU, *Sécurité Sociale et politiques sociales*, Tercera Edición, Dalloz, Paris, 2001, pp. 15 y ss.

¹⁰ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *La estructura del Sistema español de Seguridad Social: entre el clientelismo y la irracionalidad*, RSS, nº 14, 1982, pág. 241.

¹¹ Vid. J. VIDA SORJA, «La Seguridad Social en la Constitución de 1978, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 107.

¹² «Los regímenes especiales representan, pues, un síntoma de imperfección; constituyen un mal menor e inevitable para la época»; cfr. J.I. TEJERINA ALONSO, *La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas*, Revista de Seguridad Social, nº 31, 1986, pág. 61.

¹³ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pág. 65.

¹⁴ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, «El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y regímenes especiales», AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 12. El peso de la tradición ilustra «the astonishing inertia of institutions once they have been established»; cfr. P.A. KÖHLER, «Historical context and origins of Social Security Systems», en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pág. 28

¹⁵ Vid. F. VALDÉS DAL-RE, *Estructura del Sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos*, RL, nº 17, nº 17, 1995, pág. 1.

perjuicio de las normas que se dicten estableciendo sistemas especiales en materia de encuadramiento, afiliación y cotización»¹⁷, y una serie de regímenes especiales, pensados para los trabajadores que presten servicios en sectores con alguna especificidad¹⁸.

Pese a que el ordenamiento español no contempla los regímenes especiales «como una fórmula normal de estructurar la protección»¹⁹, la división interna anunciada por la Ley de Bases resultaba significativa, pues junto al Régimen General se preveían expresamente más de una decena de regímenes especiales²⁰ —el elenco no obedecía «a ningún criterio objetivo, sino a razones de pura oportunidad»²¹—: el de funcionarios públicos, civiles y militares; el del personal al servicio de los Organismos del Movimiento (nunca se puso en funcionamiento); el de los funcionarios de entidades estatales autónomas (tampoco se constituyó); el de socios trabajadores de cooperativas de producción (jamás fue creado); el de los servidores domésticos; el de los trabajadores por cuenta propia o autónomos; el de estudiantes; el del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (que no llegaría a establecerse)²²; el de representantes de comercio; el de los trabajadores del mar; y la Seguridad Social Agraria, que según el apartado 11, habría de amparar a los trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias y a los empresarios de pequeñas explotaciones que cultiven, directa y personalmente, sus fincas²³.

Ese mismo apartado 11 de la Ley de Bases pretendía paliar en cierta medida las consecuencias de la segmentación del Sistema, y para ello prescribía que la regulación

¹⁶ Cfr. G. BAYÓN CHACÓN, *Los problemas de personalidad en la Ley de Bases de la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964, pág. 27.

¹⁷ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 11 y ss.

¹⁸ Vid. J. VIDA SORIA, *Los regímenes especiales*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 156.

¹⁹ Cfr. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La 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*, Tribuna Social, nº 131, 2001, pág. 35.

²⁰ Vid. AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pág. 140.

²¹ Cfr. J. VIDA SORIA, *Los regímenes especiales*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pág. 160.

²² Han sido encuadrados en el Régimen General por su condición de trabajadores asalariados; vid. M.D. GARCÍA VALVERDE, *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000, pp. 659 y ss.; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 147 y ss.

²³ Vid. AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 9 y ss. El Sistema francés también cuenta con un Régimen Especial para los trabajadores de la agricultura en el que quedan comprendidos tanto los asalariados como los autónomos; vid. Y. SAINT-JOURS, *Traité de Sécurité Sociale*, Tomo IV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1984, pp. 67 y ss.

del REA y del RETM debía tender «a la paridad de derechos y prestaciones con el Régimen General»²⁴, pero no extendía esa obligación de homogeneidad a los demás regímenes²⁵. Desde un punto de vista estructural, es claro que la Ley de Bases no puede ser calificada en ningún caso como una norma unificadora, ya que no sólo mantuvo los particularismos preexistentes, sino que incluso admitió, y hasta fomentó, otros nuevos²⁶. quizá porque la «existencia de regímenes obedece también al propósito de perpetuar el reparto desigual de la carga financiera de la Seguridad Social»²⁷. En efecto, el apartado 10 *in fine* de la Base Tercera habilitaba al Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, para establecer regímenes especiales en otros sectores; así nacieron los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, mineros del carbón²⁸, artistas, escritores de libros, toreros y futbolistas²⁹.

Estos colectivos no se incorporaron al Régimen General o de trabajadores autónomos más por razones de oportunidad que por dificultades técnicas o económicas³⁰. La fragmentación estructural, acompañada de una acción protectora de desigual intensidad entre regímenes³¹ -que el TC no ha estimado contraria a los principios de igualdad y no discriminación siempre que se acredite una justificación

²⁴ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL y E. JUANES FRAGA, *Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Revista de Trabajo, nº 90, 1988, pág. 94.

²⁵ Vid. J. VIDA SORIA, *Los regímenes especiales*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pp. 157-158.

²⁶ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones*, RPS, nº 98, 1973, pp. 6 y ss.; F. FERRERAS ALONSO, *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» de 1985*, REDT, nº 25, 1986, pp. 57 y ss.

²⁷ Cfr. AA.VV., *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma*, IESS, Madrid, 1981, pág. 72.

²⁸ A partir de la II República las crecientes reivindicaciones del sector, sobre todo en Asturias, motivaron la adopción de medidas de previsión social, pero restringidas geográficamente a la región asturiana. Un Decreto de 28 de marzo de 1933 creó una Caja de Jubilaciones y Subsidios, que fue sustituida por la Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana (cuyos Estatutos fueron aprobados por una Orden de 31 de mayo de 1944). Para el resto de la Península, la génesis de la protección diferenciada de los mineros del carbón puede situarse en la OM de 6 de junio de 1942, que aprobó la Reglamentación Nacional del Trabajo de las Minas de Carbón. Posteriormente fueron constituyéndose mutualidades que progresivamente cubrieron a los mineros del resto del territorio nacional; vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997, pp. 23 y ss.; B. OLIET GIL, «Régimen Especial de la Minería del Carbón», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 320 y ss.

²⁹ Vid. AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 317 y ss.

³⁰ Vid. J. VIDA SORIA, *Régimen General y regímenes especiales en el Sistema de Seguridad Social española*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, nº 3, 1972, pág. 52.

³¹ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pp. 65-70; AA.VV., *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma*, IESS, Madrid, 1981, pp. 40-54.

objetiva y razonable³²- era una muestra del «clientelismo» que en muchas ocasiones preside las decisiones en este sector del ordenamiento; pero, desde el lado positivo, permitió la expansión del Sistema a ciertos colectivos que, de otro modo, habrían visto postergado su acceso de forma indefinida. Los regímenes especiales se convertían, así pues, en el vehículo preferido para acometer la progresiva extensión personal del Sistema de Seguridad Social³³.

A partir de 1985, aunque la necesidad de una actuación en ese sentido había sido puesta de manifiesto tiempo atrás³⁴, el objetivo de racionalizar la estructura del Sistema obligó al abandono de esa forma de proceder, calificada doctrinalmente como «irrefrenable carrera expansiva»³⁵, técnicamente poco sofisticada³⁶ y generadora de «desviaciones gravemente disfuncionales»³⁷. Mediante la Ley 26/1985 y el RD 2621/1986 se suprimieron los regímenes especiales de Trabajadores Ferroviarios, Artistas, Toreros, Representantes de Comercio, Escritores de Libros y Futbolistas – aunque la doctrina demandaba también la supresión del Régimen Especial de la Minería del Carbón³⁸-, integrando a los sujetos afectados en el Régimen General -sin perjuicio del reconocimiento de determinadas particularidades en materia de afiliación y cotización-, salvo en el caso de los escritores de libros, que fueron incluidos en el RETA³⁹. A partir de entonces no se constituirían regímenes especiales para los colectivos de nueva incorporación al Sistema, sino que se ha preferido recurrir a la

³² Vid. SSTC 173/1988, de 3 de octubre, 29/1992, de 30 de marzo, 184/1993, de 31 de mayo, y 377/1993, de 20 de diciembre

³³ Vid. M. ALONSO OLEA, “Características comunes y clasificación de los Regímenes Especiales”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 30-32; A. MONTOYA MELGAR, “Estudio preliminar. Seguridad Social: entre el progreso y la adaptación”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 37-38.

³⁴ Vid. AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pp. 234-237.

³⁵ Cfr. J.I. TEJERINA ALONSO, *La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas*, Revista de Seguridad Social, nº 31, 1986, pág. 62.

³⁶ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, “Art. 2º”, en J.L. MONEREO PÉREZ Y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 60.

³⁷ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pág. 64.

³⁸ Los regímenes especiales para los mineros no son una peculiaridad del ordenamiento español, sino que existen también en otros países, como Francia y Bélgica, aunque con una extensión más general, y no limitados estrictamente a las minas de carbón; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 923 y ss.; D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 44; R. BONNET, *La Sécurité Sociale dans les mines*, Dalloz, París, 1963, pp. 51 y ss.

técnica de la asimilación, bien a trabajadores por cuenta ajena, bien a trabajadores por cuenta propia, incluyendo al concreto colectivo en uno de los regímenes ya existente⁴⁰.

En cualquier caso, la relación del ámbito subjetivo con la estructura del Sistema se mantiene, pues los regímenes especiales únicamente se justifican por la peculiaridad del colectivo protegido⁴¹, bien con el propósito de establecer una acción protectora más reducida (trabajadores agrícolas, del mar o empleados de hogar), bien con el de mantener determinadas ventajas históricas (mineros del carbón o funcionarios), bien con el de adaptar la protección a la concreta actividad (autónomos y estudiantes)⁴². La intención hacia el futuro, al menos formalmente⁴³, una vez vencidas las reticencias de orden histórico, político, económico y sociológico⁴⁴, es la de simplificar la estructura del Sistema, como expresamente advierte el apartado VII del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social⁴⁵, de 9 de abril de 2001⁴⁶. Como ya

³⁹ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Hacia una generalización de la Seguridad Social: los regímenes especiales integrados*, Tribuna Social, nº 42, 1994, pp. 21 y ss.; F.J. SENAC AZANZA, *La Seguridad Social en el año 1986. Estudio General*, Revista de Seguridad Social, nº 31, 1986, pp. 8-11.

⁴⁰ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *La regulación de los regímenes especiales de la Seguridad Social, tras la publicación del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, AL, nº 18, 1995, pp. 271 y ss.

⁴¹ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los regímenes especiales de la Seguridad Social", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 1010.

⁴² El envejecimiento de la población y los profundos cambios en los sistemas de producción que han tenido lugar en las últimas décadas -con abandono prácticamente completo de unos sectores productivos a favor de otros- provocan una asintonía evidente entre la configuración de los sistemas de Seguridad Social y la realidad, que dificulta la propia supervivencia económica de los regímenes especiales; respecto del caso francés, vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 935 y ss.; Y. SAINT-JOURS, *Le droit de la Sécurité Sociale*, Tomo I, Segunda Edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, pp. 67 y ss.

⁴³ Porque «lo que ha existido es más un cúmulo de (buenas) intenciones que una efectiva actuación legislativa sobre la materia»; cfr. J.F. BLASCO LAHOZ, *La pervivencia del carácter especial del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Los últimos pronunciamientos judiciales y legislativos sobre su acción protectora*, AS, nº 4, 2003, pág. 40.

⁴⁴ Vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, "Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 117-118.

⁴⁵ Este acuerdo fue firmado por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME; vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, "El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social", en J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *XX. Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, pp. 335 y ss.; J.C. APARICIO PÉREZ, *El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social. La apuesta de futuro para la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 9 y ss.; J.M. FIDALGO VELILLA, *El futuro del sistema público de pensiones en España. Una perspectiva viable*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 17 y ss.; J. JIMÉNEZ AGUILAR, *Consideraciones sobre los cambios que se han producido en la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 37 y ss.; C. MÉNDEZ, *Un mal Acuerdo: por qué no ha firmado UGT*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 43 y ss.

⁴⁶ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo*, RDS, nº 14, 2001, pp. 46-48; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La 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*, Tribuna Social, nº 131, 2001, pp. 40-45; F. DURÁN LÓPEZ, *El Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección*

anunció el Pacto de Toledo⁴⁷, se pretende configurar un Sistema de Seguridad Social con dos grandes regímenes, uno para trabajadores por cuenta ajena y otro para trabajadores por cuenta propia⁴⁸, lo que requerirá un período de transición para no violentar «situaciones jurídicas creadas con amparo en el ordenamiento vigente e incluso las que hoy por hoy no pasan de ser una mera expectativa de derechos»⁴⁹.

La integración debe comenzar por vencer las reticencias de los afectados –no hay dificultades técnicas insalvables-⁵⁰, y por ello el paso previo consiste en la homogeneización de la cotización y la acción protectora entre los diversos regímenes. En esta coyuntura, se ha incorporado la distinción entre contingencias comunes y profesionales en el Régimen de Autónomos, se han dictado normas de aplicación general a todo el Sistema (como el RD 1251/2001 relativo a la protección contra la maternidad y riesgo durante el embarazo), se ha generalizado el incremento del 20 por 100 en caso de incapacidad permanente total cualificada, y se prevé el progresivo acercamiento en materia de cotización entre colectivos de diversos regímenes (autónomos del REA respecto del RETA⁵¹, por ejemplo)⁵². En cualquier caso, la

Social, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 63-64; E. GARCÍA TOMÁS, *Algunas de las pocas reformas que propone el Acuerdo pueden y deben ser mejoradas*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 79-81; A. MONTOYA MELGAR, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y A. CAMARA BOTÍA, *Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pp. 99-101.

⁴⁷ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y nacionalización del Sistema de Seguridad Social*, REDT, nº 81, 1997, pp. 27-29.

⁴⁸ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *El RETA se mueve*, AS, nº 5, 2003, pp. 10-12.

⁴⁹ Cfr. J. YANINI BAEZA, *Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón*, Tribuna Social, nº 58, 1995, pág. 16.

⁵⁰ Como muestra, la Ley chilena 16.744, de 23 de enero de 1968, por la que se establece el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, declara comprendidos en su ámbito de aplicación a los trabajadores asalariados –«incluso los servidores domésticos y los aprendices»–, a «los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, municipales y de instituciones administrativamente descentralizadas del Estado», a «los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para el respectivo plantel», a «los trabajadores independientes» –aunque admite matices en la cotización y acción protectora y permite una incorporación gradual– y a «los trabajadores familiares».

⁵¹ La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, parece haber pospuesto ese acercamiento, pues los trabajadores por cuenta propia de nueva incorporación al REA a partir de 1 de enero de 2006 deben cotizar por cuotas fijas y no obligatoriamente por el régimen de cotización previsto en la DA 36ª LGSS, como sí debieron hacer quienes procedieron al alta en 2004 y 2005; es de suponer que el derecho de opción entre ambos regímenes de cotización previsto en la propia DA 36ª LGSS se mantiene, pero la cotización por cuotas fijas ya no es una situación a extinguir (art. 110.Tres.4 Ley 30/2005).

⁵² Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *El Sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto*, AL, nº 1, 1999, pp. 9 y ss.; J.R. MERCADER UGUINA, *La Ley de Acompañamiento para el 2003. Modificaciones en materia de Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2003, pp. 1227 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, *La “nueva” protección social de los trabajadores autónomos*, RDS, nº 24, 2003, pp. 23 y ss.; J.A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *Las reformas de la Seguridad Social en abril de 2003. La profundización en la homogeneización de los regímenes especiales con el Régimen General*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2003, pp. 3 y ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ, *El Régimen Especial Agrario también se mueve*, AS, nº 6, 2003, pp. 10 y ss.; J. CABEZA PEREIRO,

fragmentación es una realidad⁵³, cuya superación, deseable en teoría aunque la dispersión pueda contar con ciertas ventajas⁵⁴, requerirá una actuación decidida del legislador, enormemente compleja por el rechazo que suscita entre quienes prefieren mantener sus privilegios (mineros del carbón y funcionarios especialmente) y por las implicaciones económicas que conlleva⁵⁵. A la postre, «la supresión de los regímenes especiales es un tema sobre el que los economistas y los actuarios tienen mucho más que decir que los juristas»⁵⁶.

2- El trabajo asalariado como principal nutriente del Sistema

En un Sistema de base profesional-contributiva, es palmario que su campo de aplicación pivotará, entre otros aspectos, sobre el trabajo asalariado. En consonancia, el art. 7.1.a) LGSS declara comprendidos en el campo de aplicación del Sistema, y en primer lugar, a los «trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 de ET en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo⁵⁷, e incluidos los trabajadores a domicilio⁵⁸ -no sin avatares

Convergencia entre regímenes de Seguridad Social, TL, nº 66, 2002, pp. 46 y ss.; F. FERNÁNDEZ PROL, *Trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario: ¿Hacia la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos?*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 12, 2004, pp. 3 y ss.; I. BALLESTER PASTOR, *Reflexiones al hilo de la redefinición de la acción protectora del RETA en el tránsito hacia su asimilación con el Régimen General o acerca de cómo ha quedado la cobertura social de los autónomos tras las últimas normas*, Tribuna Social, nº 159, 2004, pp. 11 y ss.

⁵³ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 116-117, 2000, pp. 12 y ss.; A. CUBAS MORALES, *El campo de aplicación y la estructura del Sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales*, Tribuna Social, nº 56-57, 1995, pp. 28 y ss.

⁵⁴ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, "Artículo 10", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 187.

⁵⁵ Se ha apuntado también que el marco normativo de algunos regímenes especiales, en particular el REA y el REEH, no parece adecuarse a la realidad a la que se dirige; vid. G. GARCÍA BECEDAS, *La reforma del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social*, RTSS, nº 3, 1991, pp. 33 y ss.; E.R. ORTIZ LÓPEZ, *Aspectos susceptibles de modificación en la regulación del Régimen Especial Agrario. Necesidad de reforma normativa para adecuarlo a la actual realidad social*, RTSS (CEF), nº 216, 2001, pp. 55 y ss.; A. CUBAS MORALES, *Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar*, Tribuna Social, nº 42, 1994, pp. 29 y ss.

⁵⁶ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones*, RPS, nº 98, 1973, pág. 14.

⁵⁷ Vid. J. GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 257 y ss.

⁵⁸ Vid. Resolución de la TGSS de 21-2-2000, sobre alta y cotización de este colectivo, publicada en Tribuna Social, nº 114, 2000, pp. 75-78.

históricos⁵⁹-, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral⁶⁰». Ello supone asimismo la inclusión de los contratados para la formación, antiguos aprendices, por más que la acción protectora resulte muy limitada en tal caso⁶¹, así como, en general, la de los trabajadores atípicos o que prestan servicios en formas de empleo no convencionales⁶², entendiendo por tales las que carecen de alguna de las siguientes notas: dependencia intensa —o evidente-, larga duración y fuente principal de ingresos⁶³.

A pesar de la autonomía como disciplina jurídica del Derecho de la Seguridad Social, la LGSS ha optado por no elaborar una noción propia de trabajador asalariado, sino que ha preferido remitir al Derecho del Trabajo, sin perjuicio de que la adopción de un concepto ajeno requiera «algunas correcciones»⁶⁴. Esa unidad de concepto es consecuencia, en parte, de los innegables nexos históricos y actuales⁶⁵ que la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo aún mantienen. En definitiva, son trabajadores a efectos laborales, y también de Seguridad Social, quienes «voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1.1 ET), y

⁵⁹ Vid. S. BERNAL MARTÍN, *Los trabajadores a domicilio y al servicio de dos o más empresas y el seguro obligatorio*, Revista Española de Seguridad Social, nº 10, 1949, pp. 1661 y ss.

⁶⁰ No cabe identificar régimen especial de Seguridad Social con relación laboral especial, porque esa correlación únicamente subsiste en la actualidad respecto de los empleados de hogar. Sorprende, no obstante, que los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares hayan sido encuadrados expresamente en el Régimen General [art. 97.2.b) LGSS] aunque mantengan una relación laboral especial al servicio del hogar familiar. Esta discordancia ha dado lugar a decisiones contradictorias en la doctrina jurisprudencial; vid. SSTs (Cont-Adv.) de 17-10-1988 (Ar. 7695), de 12-12-1990 (Ar. 621/1991) y de 30-6-1992 (Ar. 5198).

⁶¹ Vid. DA 6ª LGSS y art. 11.2.i) ET.

⁶² «El denominador común de casi todos estos casos tan diversos es la brevedad de los servicios prestados, que no permite hablar de una puesta a disposición del empleador o empresario de la propia fuerza de trabajo»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 234.

⁶³ Cfr. A. OJEDA AVILÉS, «Conclusiones: Hacia un tratamiento conjunto de los trabajadores atípicos en materia de Seguridad Social», en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas* (subdividido en dos partes), MTAS, Madrid, 2003, pág. 237. Extensamente, vid. J. GARCÍA MURCIA, *El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente*, RL, Tomo I, 1989, pp. 417 y ss.; E. CÓRDOVA, *Las relaciones de trabajo atípicas*, RL, Tomo I, 1986, pp. 239 y ss. Específicamente sobre Seguridad Social, pp. 279-281; K.J. BIEBACK, *Protección del trabajo atípico en los sistemas de Seguridad Social de Australia, Gran Bretaña y Alemania*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 1993, pp. 23 y ss.; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, DL, nº 66, 2001, pp. 70 y ss.

⁶⁴ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pág. 74.

⁶⁵ Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente*, AS, nº 5, 1999, pág. 19.

que además realicen ese trabajo de forma personal, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de valerse de un auxiliar asociado (art. 10.3 ET)⁶⁶ e incluso de sustituciones esporádicas en función de la naturaleza de la actividad⁶⁷.

Por consiguiente, quien merezca la calificación de trabajador asalariado estará comprendido en el Sistema, lo que a la postre implica la concesión de beneficios de Seguridad Social, por ejemplo, a cada uno de los vinculados por un contrato de grupo (art. 10 ET), y, sobre todo, a los colectivos cuya condición de asalariados se ha reconocido recientemente, bien por la bisoñez de su actividad –teletrabajo⁶⁸, bien porque en perspectiva histórica han permanecido excluidos del derecho laboral; piénsese en el personal de alta dirección⁶⁹, en los empleados de hogar⁷⁰, o en los

⁶⁶ Vid. SSTS de 20-7-1999 (Ar. 6839) y 15-6-1998 (Ar. 5260).

⁶⁷ Vid. SSTS de 25-1-2000 (Ar. 1312) y de 28-9-1987 (Ar. 6402).

⁶⁸ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J. THIBAUT ARANDA, "El teletrabajo y la Seguridad Social", en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 47 y ss.; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Teletrabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 763 y ss.; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 103 y ss.; V. DI MARTINO y L. WIRTH, *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 109, nº 4, 1990, pp. 469 y ss.; L. GAETA, *Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana*, DL, nº 49, 1996, pp. 35 y ss.; J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Segunda Edición, CES, Madrid, 2001, pp. 23 y ss.; R. SELLAS I BENVINGUT, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 27 y ss.; A. HERNANDO DE LARRAMENDI, *Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, RL, nº 21, 2003, pp. 79 y ss.; L. MARTÍN FLÓREZ, «Outsourcing» y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo, REDT, nº 71, 1995, pp. 413 y ss.; L. MELLA MÉNDEZ, *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, AS, nº 11, 1998, pp. 38 y ss.; P. MORGADO PANADERO, *El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)*, AL, Tomo II, 2004, pp. 1911 y ss.; M.A. PURCALLA BONILLA y A. BELZUNEGUI ERASO, *Marcos jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo*, AS, nº 18, 2004, pp. 50 y ss.; L. LAFONT NICUESA, *El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 9, 2004, pp. 3 y ss.; J.C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, "Teletrabajo y Seguridad Social", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 1111 y ss.; L. MELLA MÉNDEZ, *Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo*, RL, Tomo I, 2003, pp. 177 y ss.; J.F.K. RHEINHEIMER, "El teletrabajo en Alemania", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 1153 y ss.; M. GRAY, N. HODSON y G. GORDON, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995, pp. 61 y ss.; F. MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L. SALMERÓN SILVERA y J.C. ROCA PULIDO (Ed.), *Teletrabajo. Una visión multidisciplinar*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 11 y ss.

⁶⁹ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Altos cargos laborales*, EDERSA, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; C. MARTÍNEZ MORENO, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994, pp. 29 y ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85*, RL, Tomo I, 1988, pp. 169 y ss.; J.M. ALMANSA PASTOR, *La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español*, RPS, nº 71, 1966, pp. 25 y ss.; T. SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990, pp. 97 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El contrato de trabajo del personal de alta dirección*, RL, Tomo I, 1986, pp. 144 y ss.; L. FERNÁNDEZ RUIZ, *La Seguridad Social de los altos cargos de las empresas*, RISS, nº 2, 1972, pp. 287 y ss. No

penados en instituciones penitenciarias⁷¹, sin perjuicio de que el ingreso en el Sistema haya requerido de ciertas modulaciones, más o menos notables según los casos, sobre todo en relación con la intensidad de la acción protectora.

Esa relativa dependencia del Derecho del Trabajo no perjudica la autonomía del Derecho de la Seguridad Social, ni como rama del ordenamiento jurídico ni como disciplina científica. El Derecho de la Seguridad Social continúa siendo autónomo, pero la disociación del concepto de trabajador a efectos laborales y de Seguridad Social, sobre todo si éste fuera más reducido que aquél, generaría problemas en varios órdenes, no sólo el jurídico, sino también el social, convirtiéndose posiblemente en un foco de enconados conflictos.

No^h se pretende aquí, lógicamente, elaborar un concepto nuevo de trabajador asalariado, y ni siquiera analizar en profundidad el art. 1.1 ET. El concepto de trabajador asalariado, esencial tanto para el Derecho del Trabajo como para el Derecho de la Seguridad Social⁷², cuenta con una importancia relativa en la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, parcela en la que presenta un carácter

obstante su general exclusión, es cierto que algún seguro social, como el Régimen de Subsidios Familiares, y el Mutualismo Laboral permitieron el acceso de los altos directivos a los mecanismos públicos de previsión social; vid. C. MARTÍNEZ MORENO, *El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación*, TL, nº 36, 1995, pp. 39 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, RL, Tomo II, 1992, pp. 123 y ss.; A.L. DE VAL TENA, *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 55 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «*Jornada De Estudio sobre Personal Directivo*», RL, nº 2, 1986, pág. 2; J. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Los altos cargos y el Sistema de Seguridad Social: inclusiones y exclusiones, Régimen General y Régimen de Autónomos*, REDT, nº 76, 1996, pp. 303 y ss.; J. SÁNCHEZ FIERRO, *Seguridad Social y directivos de empresa*, RL, nº 2, 1986, pp. 108 y ss.; J.L. FERNÁNDEZ RUIZ, *La Seguridad Social de los cargos directivos de las empresas a la luz del Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, RISS, nº 6, 1975, pp. 1411 y ss.; M. IGLESIAS CABERO, *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1994, pp. 35 y ss.; J.M. MOYA CASTILLA y S. POSE VIDAL, *El régimen jurídico laboral de los altos directivos*, Praxis, Barcelona, 1998, pp. 186-188.

⁷⁰ Vid. T. SALA FRANCO, *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico*, RL, Tomo I, 1986, pp. 284 y ss.; A. MARTÍN VALVERDE, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pp. 219 y ss.; D. CLEOFÉ SÁNCHEZ, "Régimen especial de empleados de hogar", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 415 y ss.; R. QUESADA SEGURA, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 11 y ss.; S. BERNAL MARTÍN, *Servicio doméstico y Seguridad Social*, Cuadernos de Política Social, nº 10, 1951, pp. 21 y ss.; F.J. SÁNCHEZ ICART, *La relación laboral de los trabajadores domésticos*, RTSS (CEF), nº 159, 1996, pp. 5 y ss.

⁷¹ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "¿Contrato de trabajo de los penados?", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 333 y ss.

⁷² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pág. 85.

puramente instrumental, pues no todos los caracteres que configuran el trabajo asalariado tienen la misma relevancia⁷³. Como es sabido, la aplicación del Derecho del Trabajo exige la concurrencia de todas las notas típicas de la relación laboral (voluntariedad, ajenidad, dependencia, retribución y carácter personal), ya que la ausencia de cualquiera de ellas conlleva la inhibición de la normativa laboral, o al menos del grueso de la disciplina.

En este sentido, la «huida» del Derecho del Trabajo⁷⁴, tan frecuente en los últimos tiempos para reducir costes sociales, ha provocado una cierta reacción del legislador y de los Tribunales⁷⁵, que han expandido el radio de acción de la legislación laboral a destinatarios atípicos «al precio de atenuar los criterios dogmáticos que se establecieron en su origen para fijar» sus fronteras⁷⁶. Es un fenómeno complejo, que por un lado parece vaciar de contenido al Derecho del Trabajo, pero por otro demuestra su vitalidad⁷⁷. En consonancia, resultan significativos los supuestos de irradiación de beneficios laborales a colectivos que técnicamente no cumplen los requisitos legales⁷⁸. La dificultad que a menudo presenta la apreciación de cada una de esas circunstancias obliga a acudir a las pruebas de indicios, máxime cuando se está produciendo una reubicación del Derecho del Trabajo, una acomodación a la nueva realidad en la que «las formas de trabajo son plurales y la movilidad entre ellas frecuente e inevitable»⁷⁹.

Por el contrario, en materia de Seguridad Social el análisis exhaustivo del concepto de trabajador asalariado únicamente se justifica si el propósito es determinar el encuadramiento en uno u otro régimen; si, en suma, se pretende delimitar el ámbito

⁷³ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “El concepto de «trabajador»”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 37 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*, AS, nº 16, 2000, pp. 10 y ss.

⁷⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La huida del Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 1992, pp. 85 y ss.; A. MARTÍN VALVERDE, *Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)*, RMTAS, nº 38, 2002, pp. 21 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004, pp. 19 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, REDT, nº 91, 1998, pp. 710 y ss.; B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El «autónomo económicamente dependiente»: problemática y método*, AS, Tomo V, 2002, pp. 1038 y ss.

⁷⁵ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente*, REDT, nº 126, 2005, pp. 20 y ss.

⁷⁶ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo*, TL, nº 64, 2002, pág. 21.

⁷⁷ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial, nº 55, pp. 436 y ss.

⁷⁸ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 203-205.

⁷⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo*, TL, nº 64, 2002, pág. 26.

subjetivo de uno –o cada uno- de los regímenes que conforman el Sistema⁸⁰. El estudio del campo de aplicación del Régimen General, válido como ejemplo por constituirse en el modelo hacia el que en principio deben tender los demás (art. 10.3 y 10.4 LGSS), requeriría la disección pormenorizada del concepto de trabajador asalariado, analizando detenidamente sus perfiles y aristas⁸¹, con especial protagonismo de las notas de ajenidad y dependencia⁸². Desde la perspectiva contraria, también debe recurrirse a ese concepto para delimitar la extensión subjetiva del RETA. Incluso en el REA o el RETM, regímenes mixtos, resulta imprescindible identificar la naturaleza del trabajo, pues de ella dependerán las condiciones de afiliación, cotización y la acción protectora. Habría que detenerse también en la peculiar situación de ciertos colectivos de trabajadores asalariados, como los empleados de hogar, que en materia de Seguridad Social, con objeto de facilitar la gestión, reciben el tratamiento de trabajadores por cuenta ajena o autónomos en función de los caracteres de su prestación de servicios, con evidente incidencia en la determinación del sujeto al que incumben los actos de encuadramiento⁸³ y la cotización⁸⁴.

Sin embargo, cuando el objetivo se centra en determinar los contornos del Sistema de Seguridad Social la perspectiva cambia, debido a que las cuestiones de encuadramiento pierden relevancia, porque no es menester establecer los límites entre las distintas parcelas en las que internamente se ha dividido el Sistema, ni atender a los motivos y consecuencias de esta escisión, sino que los esfuerzos han de dirigirse a trazar con precisión el perímetro del propio Sistema de Seguridad Social. La distinción entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia tiene una utilidad menor;

⁸⁰ A modo de ejemplo sobre la multiplicidad de conflictos que pueden generarse, vid. L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, *La inclusión en el Régimen General de los Trabajadores dedicados a la manipulación y comercialización del plátano*, Tribuna Social, nº 119, 2000, pp. 11 y ss.

⁸¹ La misma situación se reproduce en otros ordenamientos; vid. J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 449 y ss.

⁸² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966, pp. 147 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *El ámbito personal del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966, pp. 87 y ss.; J. CABRERA BAZÁN, *Ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966, pp. 42 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 26 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores*, RMTAS, nº 58, 2005, pp. 25 y ss.; R. ANIORTE SANZ, *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pág. 21.

⁸³ Vid. art. 49 RD 84/1996; vid. Resolución de la DGOJECSS de 7 de marzo de 1994, publicada en Tribuna Social, nº 42, 1994, pp. 98-100.

⁸⁴ Vid. arts. 46 a 50 RD 2064/1995.

ambos colectivos deberán incorporarse al Sistema por el ejercicio de una actividad profesional⁸⁵.

Ahora bien, mientras la calificación como trabajador asalariado conlleva, salvo raras excepciones (básicamente trabajo marginal en circunstancias muy concretas), la inclusión en alguno de los regímenes que conforman el Sistema, el trabajo autónomo no ofrece siempre esa seguridad, por la necesidad de cumplir los requisitos de edad y habitualidad principalmente. La diferencia no afecta únicamente a los supuestos prototípicos de trabajado asalariado y autónomo, sino también a situaciones dotadas de especificidad manifiesta, como por ejemplo el contrato de aparcería⁸⁶. Como se sabe, se presume *iuris tantum* el vínculo no laboral del aparcerero, pero los arts. 28 y 30 Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, admiten la existencia de relación laboral cuando así lo pacten las partes o cuando el aparcerero aporte únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 por 100 del valor total⁸⁷. En tal caso, la inclusión en el Sistema no admite duda; de lo contrario, el aparcerero habría de demostrar un ejercicio habitual de la actividad y su mayoría de edad para quedar amparado como trabajador autónomo⁸⁸.

⁸⁵ La actividad debe desarrollarse efectivamente, pues en ausencia de prestación de servicios no se produce incorporación al Sistema, aunque se haya solicitado el alta. Si se acepta la solicitud de alta, en su caso acompañada de afiliación, tendrá lugar formalmente la inclusión en el Sistema, si bien, cuando se manifieste el error, se producirán los efectos previstos para las altas indebidas en el art. 60 -en relación con el 59- RD 84/1996; sobre anulación del alta en un supuesto en que no llegó a comenzar la prestación de servicios, vid. STSJ de Galicia de 11-7-2001 (JUR 218578). Sin embargo, se ha concedido un mayor margen a los trabajadores por cuenta propia, seguramente por las dificultades de control. En este sentido, la situación de alta real en el RETA no se vincula necesariamente a la realización de una actividad profesional. La baja surte efectos desde el día primero del mes siguiente al cese de la actividad (art. 47.4 RD 84/1996), por lo que el autónomo habrá de permanecer en alta desde que finalice la actividad hasta la conclusión del mes natural en que se produzca el cese.

⁸⁶ «Por el contrato de aparcería, el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones»; cfr. art. 28 Ley de Arrendamientos Rústicos.

⁸⁷ Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Trabajo en cooperativas y sociedades de trabajo», en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 52-53; J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 194 y ss.; J.L. PERALTA DE LA CÁMARA, «Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 356 y ss.; J. GARCÍA ABELLÁN, *El contrato de aparcería laboral agraria*, REDT, nº 20, 1984, pp. 503 y ss.

⁸⁸ Caracteres similares presenta el contrato de integración catalán, definido como «el sistema de gestión de la explotación ganadera destinado a obtener productos pecuarios en colaboración entre dos partes, una de las cuales, llamada integrador, proporciona los animales y los medios de producción y los servicios que se pacten en el contrato correspondiente, y la otra, llamada integrado, aporta las instalaciones y los

Por consiguiente, a efectos de incorporación al Sistema de Seguridad Social, y no a uno de sus concretos regímenes, las notas que configuran el trabajo asalariado cuentan con distinto valor. Hay que poner el acento en las dos características que, desde la perspectiva del concepto, han merecido menos atención doctrinal, quizás porque se presentan como menos problemáticas: la voluntariedad y la retribución. La ausencia de cualquiera de estas notas provocará no sólo la inaplicación de la legislación laboral, sino la exclusión del Sistema de Seguridad Social, salvo excepciones tasadas.

La concurrencia de todas las notas previstas en el art. 1.1 ET hace surgir el contrato de trabajo, que deriva en la obligatoria incorporación al Sistema de Seguridad Social. Pero el trabajador asalariado es un sujeto comprendido en el Sistema desde el mismo comienzo de la prestación de servicios, y no necesariamente desde la celebración del contrato⁸⁹. En principio, esa inclusión debe mantenerse durante toda la vigencia de la relación laboral, pero hay circunstancias en las que el trabajador, sin perder tal condición, se verá excluido del Sistema, al menos temporalmente, como acontece por ejemplo en caso de huelga ilegal o de excedencia voluntaria.

No se puede llegar a idéntica conclusión en todos los supuestos de cesación de servicios durante la vigencia del contrato de trabajo, porque la efectiva prestación de servicios, exigencia natural para el acceso al Sistema, no es un requisito *sine qua non*. En efecto, el trabajador permanece comprendido en el Sistema en supuestos legales de alta sin retribución⁹⁰, como pueda ser el permiso sin sueldo previsto en muchos convenios colectivos⁹¹, así como en caso de cumplimiento de deberes de carácter público o de desempeño de cargos de representación sindical, se produzca o no el pase a excedencia; y, por supuesto, en los períodos de descanso computables como de trabajo. La inclusión se mantiene en la mayor parte de supuestos de suspensión del contrato del art. 45 ET, sea en situación de alta, sea, lo que es más usual, en situación asimilada; e incluso en casos de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias, que la jurisprudencia ha catalogado como situación asimilada a la de alta para los trabajadores asalariados⁹², mientras que los funcionarios permanecerían en alta si están encuadrados

demás bienes y servicios necesarios y se compromete al cuidado y mantenimiento del ganado» (art. 1 Ley de la Generalitat de Cataluña 2/2005, de 4 de abril, BOE del 29). El art. 2.4 de esta norma deja claro que no hay contrato de integración cuando existe relación laboral entre el integrador y el integrado.

⁸⁹ Vid. A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 29-30.

⁹⁰ Art. 7 Orden TAS/192/2002.

⁹¹ Art. 106 LGSS.

⁹² Vid. SSTs de 4-6-2002 (Ar. 8127) y de 30-5-2000 (Ar. 8192).

el Régimen General⁹³ y se prevén mecanismos análogos en los regímenes especiales de funcionarios⁹⁴.

Asimismo, continúa incluido en el Sistema quien se vea imposibilitado para prestar servicios por causa imputable al empresario en los términos del art. 30 ET⁹⁵, o al menos por causa no imputable al propio trabajador⁹⁶. En cambio, la suspensión del contrato por mutuo acuerdo o por las causas consignadas válidamente en el contrato implica la exclusión del Sistema⁹⁷, en tanto, claro está, que no se reinicie la actividad⁹⁸; la privación de libertad, la fuerza mayor o las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción provocan la misma consecuencia, aunque la actividad en prisión, por un lado, o eventualmente la condición de beneficiario de la protección por desempleo —o la suscripción de convenio especial—, por otro, podrían permitir al trabajador ya su ingreso en el Sistema por la nueva actividad, ya su permanencia en situación asimilada al alta.

La inclusión en el Sistema en determinados períodos de inactividad en el trabajo no es óbice para que permanezcan excluidas las situaciones anteriores al inicio de la relación laboral, como sucede, por ejemplo, con la suscripción de un precontrato. Esta figura, denominada también «contrato preliminar», «contrato preparatorio», «*pactum de contrahendo*» o «promesa de contrato», es una declaración negocial recepticia⁹⁹ que tiene por objeto obligarse para celebrar otro contrato posterior sobre las bases del primero,

⁹³ Vid. art. 3 de la Orden de 27 de octubre de 1992. En atención al art. 3.3 de esa norma la suspensión firme del funcionario implicará la baja en el Régimen General, y por consiguiente la exclusión del Sistema, salvo que se tenga derecho a permanecer en él por otra circunstancia.

⁹⁴ IV.3.

⁹⁵ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET*, AS, nº 9, 2001, pp. 10 y ss.; J.M. BOTANA LÓPEZ, “Imposibilidad de la prestación y sobre las gratificaciones extraordinarias”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 667 y ss.

⁹⁶ Vid. SSTs de 20 y 22-6-1995 (Ar. 5360 y Ar. 5363), en un supuesto de falta de actividad, por imposibilidad material, no por voluntad propia, de los trabajadores que no se habían sumado a la huelga.

⁹⁷ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, “Artículo 125”, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 815.

⁹⁸ Vid. SSTSJ del País Vasco (Vitoria) de 22-9-1998 (AS 2606/1999) y de 5-7-1999 (AS 2869). Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 30-10-2001 (AS 839/2002) sostiene que durante la suspensión del contrato, incluso de mutuo acuerdo, subsiste el alta en el Sistema e incluso la obligación de cotizar. Posiblemente esa solución venga motivada porque el trabajador había sido cedido por una ETT a una empresa usuaria y la suspensión se debía al cese de actividad por vacaciones de la empresa usuaria, momento en el que se produjo el accidente que dio lugar a la solicitud de prestaciones denegadas ante la ausencia de alta.

⁹⁹ Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El precontrato de trabajo en la jurisprudencia*, REDT, nº 19, 1984, pp. 447 y ss.; A. V. SEMPERE NAVARRO, *La preparación del contrato de trabajo*, DL, nº 34, 1991, pp. 50 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Responsabilidad patrimonial por incumplimiento del precontrato de trabajo*, TL, nº 60, 2001, pp. 261 y ss.

con eventual indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento¹⁰⁰. El precontrato de trabajo, aunque está «totalmente inmerso en el área de Derecho del Trabajo»¹⁰¹, no conlleva prestación de servicios, sino compromiso de concertar un contrato futuro¹⁰², y por tanto la suscripción del precontrato no da lugar al acceso al Sistema de Seguridad Social, consecuencia que tampoco producen los tratos preliminares.

En el mismo sentido, la celebración de un contrato de trabajo *in fieri* o de ejecución futura, figura distinta a la del precontrato, pero de difícil delimitación con éste en la práctica, no justifica la inclusión en el Sistema¹⁰³. El contrato de trabajo tiene naturaleza consensual, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes¹⁰⁴, aunque no haya prestación de servicios¹⁰⁵. En consecuencia, no es obstáculo para el nacimiento del contrato el hecho de que las partes demoren el comienzo de la prestación efectiva de servicios, por supeditarla al cumplimiento de término o condición¹⁰⁶. Sin embargo, el contrato de trabajo de ejecución futura no puede equipararse en cuanto a efectos jurídicos con el contrato de trabajo en el que han comenzado a prestarse los servicios¹⁰⁷. Una de esas diferencias es la imposibilidad de acceso al Sistema, como el legislador ha aclarado desde diferentes perspectivas: en primer lugar, el art. 7.1.a) LGSS alude a trabajadores por cuenta ajena «que presten sus servicios»; en segundo lugar, los actos de encuadramiento, y en especial las altas y bajas, están condicionados a la

¹⁰⁰ Con carácter general, la jurisprudencia civil ha considerado que la indemnización por daños y perjuicios únicamente procede cuando exista imposibilidad real de cumplir, pues en otro caso el juez podría sustituir la voluntad de las partes exigiendo un cumplimiento forzoso; vid. SSTS (Civil) de 16-10-1965 (Ar. 4468), 13-12-1989 (Ar. 8824), 27-5-1993 (Ar. 2985), de 3 y 19-6-1994 (Ar. 4576 y Ar. 6698), de 23 y 28-12-1995 (Ar. 9396 y Ar. 9402), de 8-2-1996 (Ar. 864) y de 30-1-1998 (Ar. 353). No obstante, en el contrato de trabajo el incumplimiento genera únicamente derecho a indemnización; autos TS (Sala de conflictos de competencia) de 15 y 16-12-1994 (Ar. 10590 y Ar. 10589).

¹⁰¹ Cfr. SSTS (Social) de 30-3 y 21 y 28-6-1996 (Ar. 2503, Ar. 5223 y Ar. 5394) y de 15-4-1997 (Ar. 3201); en contra, vid. SSTS (Civil) de 15-2-1994 (Ar. 1316) y de 28-11-2001 (Ar. 9917).

¹⁰² Vid. I. ALZAGA RUIZ, *Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto. Las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo*, DL, nº 65, 2001, pp. 67 y ss.; J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *¿Precontrato o contrato de trabajo? Una delimitación siempre difícil*, REDT, nº 95, 1999, pp. 445 y ss.

¹⁰³ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial*, AL, nº 42, 1994, pp. 661 y ss.

¹⁰⁴ Vid. STS de 17-11-1987 (Ar. 8007).

¹⁰⁵ Técnicamente, por tanto, cabría calificar como despido una extinción aunque no hubiera comenzado la prestación de servicios; vid. STCT de 30-4-1981 (Ar. 2879).

¹⁰⁶ Vid. M.A. LIMÓN LUQUE y M. ESPÍN SÁEZ, *La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo, ¿constituye despido?*, AS, nº 12, 2003, pp. 52 y ss.; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Extinción del contrato por voluntad del trabajador antes de iniciar la prestación efectiva de trabajo: análisis crítico de la doctrina de los tribunales*, AS, nº 2, 2005, pp. 27 y ss.

«iniciación en la prestación de servicios a la empresa o el cese de la misma»¹⁰⁸; finalmente, el art. 106 LGSS establece como punto de partida de la obligación de cotizar «el mismo comienzo de la prestación del trabajo». En este contexto, el ingreso en la modalidad contributiva no depende únicamente de la suscripción de un contrato de trabajo válido¹⁰⁹, sino de la ejecución del mismo¹¹⁰; cuestión distinta es que una vez que comienza la prestación de servicios el Sistema de Seguridad Social mantenga, o permita mantener, la acción protectora ante la cesación temporal o definitiva de éstos¹¹¹.

Lógicamente, el ingreso en el Sistema debe producirse incluso durante el período de prueba, que no supone un estadio anterior al contrato, sino la fase inicial de una relación laboral ya constituida¹¹². La posible extinción del contrato durante el período de prueba por desistimiento de una de las partes no exonera en ningún caso de las obligaciones correspondientes en materia de Seguridad Social, ni priva de los derechos que puedan generarse hasta ese momento. En este sentido, el art. 29.3 RD 84/1996, en relación con los actos de encuadramiento, dispone que «la iniciación del período de prueba se considerará como iniciación de la prestación de servicios», mientras que el art. 106 LGSS confirma el nacimiento de la obligación de cotizar «con el mismo comienzo de la prestación de trabajo, incluido el período de prueba».

3- El trabajo autónomo protegido por el Sistema: caracteres y principales rasgos configuradores

Los modelos bismarckianos, contruidos sobre la base del trabajo asalariado, suelen mostrarse reacios a dispensar protección al trabajador autónomo. El Sistema español, en coherencia con la adopción de un criterio profesional en sentido amplio, exige la incorporación obligatoria de quienes desarrollen una actividad por cuenta

¹⁰⁷ Vid. SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 3-5-1994 (AS 2223) y de Galicia de 8-6-1999 (AS 1695) y 16-4-2002 (AS 3386).

¹⁰⁸ Art. 32.1 RD 84/1996, de 26 de enero.

¹⁰⁹ En sentido contrario, entendiendo aplicable la legislación laboral y de Seguridad Social sin matización, M.M. ALARCÓN CASTELLANOS, *La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de ejecución futura*, AS, nº 7, 2000, pp. 49 y ss.

¹¹⁰ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 14-2-2000 (AS 1206).

¹¹¹ Vid. I. ALZAGA RUIZ, *Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto. Las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo*, Documentación Laboral, nº 65, 2001, pp. 76-79.

¹¹² Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 233 y ss.; F. DURÁN LÓPEZ, *El período de prueba: Voz para una*

propia. Sin embargo, no todo trabajo autónomo es considerado como actividad protegida. Como se sabe, no se ha elaborado un concepto legal de trabajo autónomo válido con carácter general¹¹³, sino que se deduce en negativo de las notas de dependencia y ajenidad propias del trabajo asalariado, aunque la distinción entre el trabajador por cuenta propia y el asalariado resulta cada vez más complicada ante la proliferación de actividades efectuadas en condiciones de cierta dependencia o parasubordinación¹¹⁴. Téngase en cuenta que tres regímenes del Sistema acogen a trabajadores independientes y cada uno de ellos establece requisitos particulares¹¹⁵, por lo que pueden ofrecerse hasta tres conceptos diferentes de trabajador por cuenta propia en el ámbito de la Seguridad Social¹¹⁶.

Es menester, por consiguiente, extraer las pautas o parámetros que permiten delimitar¹¹ las fronteras exteriores del Sistema de Seguridad Social, en orden a identificar las clases de trabajo autónomo que reciben protección, en cualquiera de los regímenes, y las actividades que, por el contrario, están excluidas. Es evidente, como primera precisión, que el sector de actividad resulta indiferente a efectos de incorporación, aunque no de encuadramiento, porque en función de esa circunstancia los trabajadores autónomos deben proceder al alta en el RETA, REA o RETM. Para garantizar la incorporación de todos ellos al Sistema, el RETA se configura como un «régimen

enciclopedia, RL, nº 12, 1988, pp. 89 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El periodo de prueba”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 465 y ss.

¹¹³ La DA 69ª Ley 30/2005 encomienda al Gobierno la presentación de un «Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo en el que se defina el trabajo autónomo y se contemplen los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos, su nivel de protección social, las relaciones laborales y la política de fomento del empleo autónomo, así como la figura del trabajador autónomo dependiente»; vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma*, RTSS (CEF), nº 273, 2005, pp. 141-143.

¹¹⁴ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004, pp. 147 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 2000, pp. 73 y ss.; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 2000, pp. 429 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo*, AS, nº 15, 2001, pp. 9 y ss.; W. SANGUINETI RAYMOND, *La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?*, TL, nº 40, 1996, pp. 53 y ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ, *Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo*, AS, nº 14, 2004, pp. 10 y ss.; M.M. RUIZ CASTILLO, *Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»*, RL, Tomo II, 1991, pp. 135 y ss.; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, RL, nº 7-8, 2000, pp. 65 y ss.; A. DESDENTADO BONETE, *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial, nº 55, pp. 435 y ss.; A. VALDÉS ALONSO, *Tipología del trabajo autónomo*, DL, nº 70, 2004, pp. 11 y ss.

¹¹⁵ Vid. A. CUBAS MORALES, *El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 12, 1993, pág. 27.

general de Seguridad Social de los trabajadores independientes o autónomos»¹¹⁷, «régimen escoba»¹¹⁸ o «régimen por defecto para los profesionales»¹¹⁹, en la medida que acoge a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Sistema que a pesar de dedicarse a actividades agrícolas o del mar no encuentran acomodo en el REA¹²⁰ o en el RETM¹²¹.

La plena consecución de la universalidad profesional justifica que el Sistema de Seguridad Social proteja supuestos de trabajo autónomo muy diferentes, algunos fronterizos con el trabajo asalariado, otros efectuados en el marco de una comunidad de bienes¹²², y otros en los que el trabajo por cuenta propia se convierte en una actividad empresarial en su más estricto sentido. La condición de empresario en sentido mercantil, o la de empleador, ni son imprescindibles ni excluyen la calificación como trabajador autónomo¹²³, y pueden concurrir en una misma persona si el empresario o empleador realiza una actividad económica de forma personal, habitual y directa¹²⁴. De este modo, el empleador sólo es un sujeto comprendido en el Sistema de Seguridad Social¹²⁵ cuando desarrolla «a la vez una actividad profesional directa»¹²⁶, equiparación que, por ejemplo, no se produce en materia de libertad sindical¹²⁷, y que otros sistemas de

¹¹⁶ Vid. M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, «Artículo 7º», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 71.

¹¹⁷ Gráfica expresión de B. GONZALO GONZÁLEZ, *Acerca del «régimen general» de Seguridad Social de los trabajadores independientes o autónomos*, RTSS, nº 9, 1993, pág. 175.

¹¹⁸ Cfr. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?*, AS, nº 16, 2004, pág. 23.

¹¹⁹ Cfr. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 73.

¹²⁰ Vid. Decreto 1118/1975, de 2 de mayo (BOE de 29 de mayo de 1975).

¹²¹ Vid. Resolución de la DGOJECSS de 7 de marzo de 1994, que considera incluidos en el RETA a los armadores, gestores o directores de sociedades marítimo-pesqueras en tierra, ya que al RETM sólo pueden acceder los trabajadores por cuenta propia que desarrollen su actividad a bordo de un buque; vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 178-179.

¹²² Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6-3-2001 (JUR 176989).

¹²³ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARDLER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 56-57; I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pp. 37-39.

¹²⁴ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64, pp. 438-439.

¹²⁵ Vid. Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 28 de septiembre de 1973, que puede consultarse en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 198-199.

¹²⁶ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pág. 52.

¹²⁷ Los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio pueden afiliarse a una organización sindical, como reconoce el art. 3.1 LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; vid. A.

Seguridad Social tratan de evitar¹²⁸ sobre la base «de la posición socioeconómica semejante [...] que exhiben trabajadores asalariados y autónomos no empleadores»¹²⁹ y las diferencias que presentan esos colectivos con los autónomos empleadores¹³⁰.

No obstante la amplitud del concepto de trabajo autónomo que maneja el Sistema, de la apreciación conjunta de los requisitos para el acceso al RETA, REA y RETM pueden extraerse los perfiles de la actividad protegida. El punto de partida ha de ser el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, que califica como trabajador autónomo a efectos del RETA a quien «realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas»¹³¹. Por su parte, el REA exige en todo caso, tanto para asalariados como para autónomos, que se realicen labores agrarias de forma habitual y como medio fundamental de vida (art. 2 Decreto 2123/1971), mientras que el RETM también supedita el acceso de los trabajadores del mar por cuenta propia a que desarrollen la actividad de forma habitual, personal y directa y que ésta constituya su medio fundamental de vida (art. 2 Decreto 2864/1974)¹³².

El primer requisito, por tanto, es el de realizar una actividad económica; el Sistema no ofrece un catálogo de actividades económicas protegidas, lo que justifica una interpretación amplia¹³³ que comprenda cualquier actividad lícita destinada a

OJEDA AVILÉS, *La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos*, AS, Tomo V, 2000, pp. 704 y ss.

¹²⁸ El Decreto Ley uruguayo n° 14.407, de 22 de agosto de 1975, incluye en el seguro de enfermedad a los propietarios de empresas unipersonales que no tengan trabajadores subordinados. Por su parte, la Ley Mexicana del Seguro Social, de 12 de diciembre de 1995, limita los seguros sociales a los trabajadores asalariados y a los socios de cooperativas de producción, excluyendo en principio a los trabajadores autónomos. Sin embargo, el art. 13 admite la afiliación voluntaria de los trabajadores en industrias familiares y de los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados; de los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios; así como de los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio.

¹²⁹ Cfr. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo*, RL, n° 7-8, 2000, pág. 52.

¹³⁰ En el ordenamiento español es posible que el número de trabajadores al servicio del autónomo se convierta en un dato determinante a efectos de encuadramiento. A modo de ejemplo, y como regla general, para ostentar la condición de trabajador autónomo en el REA no pueden satisfacerse a los eventuales un número de jornales totales que supere anualmente el número de los que percibiría un trabajador fijo; vid. art. 5.3 Decreto 3772, de 23 de diciembre.

¹³¹ Vid. SSTSJ (Cont-Adv.) de Cataluña de 26-5-2003 (JUR 34698/2004) y de Castilla y León/Valladolid (Cont-Adv.) de 12-5-2000 (JUR 222568).

¹³² Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, RTSS, n° 19, 1995, pp. 54-57; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Las notas de «habitualidad» y «medio fundamental de vida» delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente*, AL, n° 38, 2002, pp. 853 y ss.

¹³³ Con carácter anecdótico cabe mencionar la STCT de 1-12-1986 (Ar. 5762), que, recogiendo doctrina anterior del propio Tribunal, consideró que no podía incorporarse al Sistema un agente de seguros cuya actividad se limitaba a la conservación de la cartera, lo que a juicio del TCT no constituía un «ejercicio normal» de la profesión. Conviene recordar, no obstante, que a tenor de la jurisprudencia los ingresos

producir o distribuir un bien o a prestar un servicio¹³⁴. El desarrollo de una actividad económica, empero, no justifica el acceso al Sistema de Seguridad Social si no se realiza en determinadas condiciones. El trabajador por cuenta propia, merezca o no la consideración de empresario o empleador, ha de ser una persona física, consecuencia inherente al propio concepto de trabajador que está en la base de la dispensa de beneficios de Seguridad Social; por consiguiente, es imprescindible un ejercicio de la actividad por cuenta propia de forma personal y directa.

El art. 2.3 del Decreto 2530/1970 establece una presunción *iuris tantum* de trabajo autónomo a favor del titular de un establecimiento abierto al público en concepto de propietario, usufructuario, arrendatario o título análogo¹³⁵. En su interpretación, los tribunales han entendido que las labores de dirección y gestión de la empresa satisfacen plenamente el carácter personal y directo en el ejercicio de la actividad, al contrario que las «funciones meramente dominicales o de titularidad fiscal del negocio»¹³⁶, diferencia en extremo sutil¹³⁷, pues la dirección intelectual del negocio corresponde al propio empresario sea o no trabajador autónomo¹³⁸. Lógicamente, no es suficiente la mera tenencia de título, aun con eventual colegiación, o el alta en el

derivados del sostenimiento de la cartera deben ser computados como indicio de habitualidad; vid. STS de 13-12-2004 (Ar. 1728/2005).

¹³⁴ La *Cour de Cassation* francesa ha considerado como trabajador independiente a efectos del Sistema de Seguridad Social a un inventor, estimando que los rendimientos periódicos (*redevances*) derivados de la explotación de la invención satisfacían el carácter lucrativo de la actividad; vid. *Arrêt de la Cour de Cassation de 19-3-1998, M. Zaniewski c/ URSSAF Montpellier-Lodève, arrêt n° 1633 P: Juris-Data n° 001213*. Salvo supuestos excepcionales, quien se dedica a la invención (o a la pintura, escultura o actividades análogas) no encaja plenamente en el concepto de trabajador autónomo que maneja el ordenamiento español, porque está ausente la dosis de profesionalidad necesaria. La inclusión en el Sistema no ha de depender de la explotación del invento, sino del desarrollo de una actividad. Sin embargo, no cabe rechazar la incorporación al Sistema de quienes se dediquen profesionalmente a una actividad de esa índole; la apreciación de profesionalidad no puede sustentarse meramente en un desempeño continuado de esas tareas, sino que debe estar presente el ánimo de lucro imprescindible para acceder al Sistema como trabajador por cuenta propia. A la postre, los ingresos obtenidos en un marco de referencia temporal (habría que concretar si el año o el mes) serán el argumento principal -en ausencia de otros criterios que permitan descartar que la actividad es una afición que esporádicamente proporciona algún rendimiento- para determinar si procede o no la inclusión en el Sistema.

¹³⁵ Extensamente sobre esta presunción, vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 159 y ss.; M. ARETA MARTÍNEZ, *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 169 y ss.

¹³⁶ Cfr. STS (Cont-Adv.) de 23-9-1992 (Ar. 6944); en el mismo sentido, STS (Social) de 8-5-1986 (Ar. 2508).

¹³⁷ A modo de ejemplo, se admitió el alta en el RETA del titular de una licencia de auto-taxi que no lo conducía personalmente y ni siquiera contaba con permiso de circulación, sino que había contratado los servicios de un conductor para realizar materialmente esa tarea; vid. SSTCT de 13-5 y 8-9-1987 (Ar. 10064 y Ar. 18634). En sentido análogo, y con especial atención al autónomo de la agricultura, vid. SSTCT de 12-6-1987 (Ar. 13054), de 7-4-1988 (Ar. 3282) y de 6-3-1989 (Ar. 2427).

¹³⁸ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 58-59.

Impuesto de Actividades Económicas (antigua Licencia Fiscal)¹³⁹, porque ninguna de esas circunstancias conlleva *per se* el desempeño real y efectivo de la actividad¹⁴⁰.

El segundo de los requisitos que debe concurrir en el trabajo autónomo protegido por el Sistema es el ánimo de lucro. La contraprestación económica, se convierta o no en la principal fuente de ingresos del trabajador, resulta imprescindible como indicativo de profesionalidad; por consiguiente, quedará excluido del Sistema el trabajo por cuenta propia realizado para autoconsumo, por vínculos familiares¹⁴¹ o por razones de amistad, benevolencia o buena vecindad¹⁴². El ánimo de lucro es un requisito expreso impuesto a los trabajadores autónomos, que recoge el art. 2 del Decreto 2530/1970 para el RETA y se manifiesta incluso con más intensidad en el REA y en el RETM, donde la actividad por cuenta propia ha de constituir el medio fundamental de vida del trabajador.

La DA 1ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, cuestionó en cierta medida la exclusión de las actividades por cuenta propia no lucrativas, ya que concedió al Gobierno ocho meses desde la entrada en vigor de la norma para presentar, «ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados», un estudio técnico y económico en orden a determinar la forma y consecuencias de la inclusión en el Sistema, concretamente en el RETA, «de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas». Hasta el momento aquel mandato no ha producido resultados prácticos, porque la expansión del Sistema de Seguridad Social a este colectivo no está exenta de contradicciones desde la lógica del propio Sistema¹⁴³; por un lado, está ausente el ánimo de lucro y no es una actividad directamente productiva, pero, por otro, resulta vital para el sostenimiento de la sociedad, por muchas razones, sin que ello reporte contraprestación económica.

¹³⁹ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 4-5-1996 (Ar. 5285), de 25-11-1997 (Ar. 8549) y de 23-3-1998 (Ar. 2865) y SSTS (Social) de 26-10 y 19-12-2000 (Ar. 9655/2000 y Ar. 1858/2001).

¹⁴⁰ Si se ejerce simultáneamente una actividad por cuenta ajena puede producirse una situación de pluriactividad; vid. F. SALINAS MOLINA, *Graduado Social ejerciente por cuenta propia y ajena ¿debe afiliarse obligatoriamente en el RETA y RGSS?*, Información laboral (Jurisprudencia), nº 14, 2000, LN 37-38; A. VALDÉS ALONSO, «*Pluriactividad y doble situación de alta: sobre el concepto de actividad a efectos de encuadramiento*», RL, nº 6, 2001, pp. 107 y ss.

¹⁴¹ Vid. STSJ de Galicia (Cont-Adv.) de 7-5-2001 (JUR 244450).

¹⁴² Vid. SSTCT 5-2, 26-6 y 16-10-1985 (Ar. 741, Ar. 4215 y Ar. 5601). 3-6-1987 (Ar. 12097) y 14-4-1989 (Ar. 2860) y STSJ de Cataluña de 15-3-2001 (JUR 152920).

¹⁴³ «Su financiación con cargo a cuotas dejaría fuera de protección a quienes más la necesitan, y su financiación con cargo al impuesto resultaría excesivamente onerosa para el conjunto de los contribuyentes»; cfr. A. MONTOYA MELGAR, *El desarrollo normativo del Pacto de Toledo*, AS, nº 22, 2000, pág. 66.

El objetivo de las tareas domésticas no consiste en producir o suministrar un bien o servicio, sino en labores de sustento personal y familiar con muy amplias connotaciones. No cabe catalogar esa actividad como «trabajo familiar», al menos en un sentido jurídico, pues desde un plano fáctico constituye en la mayoría de supuestos un trabajo por y para la familia, y aunque no se traduce en una fuente directa de ingresos, se convierte en el complemento indispensable para que otros miembros de la familia puedan dedicarse plenamente a actividades lucrativas. El hecho de que no se trate de una actividad directamente productiva explica que el Sistema de Seguridad Social no haya decidido aún incluirla de forma expresa en el catálogo de actividades protegidas, ya que esa decisión podría resultar «incoherente con la estructura general del sistema español»¹⁴⁴. No es extraño, así pues, que el estudio previsto por la Ley 24/1997 no haya cristalizado, por lo que este colectivo permanece todavía excluido del Sistema de Seguridad Social¹⁴⁵. Una solución plausible consistiría en abrir nuevas vías de incorporación facultativa al Sistema, permitiendo la afiliación y alta voluntaria de quienes se dediquen al cuidado de su propio hogar, como sucede en otros países¹⁴⁶.

Junto a la compensación económica que justifique el ánimo de lucro, la profesionalidad se manifiesta asimismo en la habitualidad con que debe desarrollarse la

¹⁴⁴ Cfr. AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pág. 227; acerca de las líneas maestras sobre las que habría de asentarse la cobertura social de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar, vid. G.E. RIVAS SCHULZ, *Ensayo sobre un sistema de Seguridad Social para Dueñas de la Casa*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972, pp. 15-87.

¹⁴⁵ Es probable que, de materializarse la inclusión en el Sistema de este colectivo, el alta en el RETA únicamente proceda cuando la única actividad desarrollada sea la del cuidado del hogar, de modo que se configure como otro supuesto de «alta subsidiaria», sin posibilidad por ello de pluriempleo o pluriactividad; vid. R. ESTEBAN LEGARRETA y A. ARQUED SANMARTÍN, *Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes*, AS, nº 12, 2001, pp. 58-59.

¹⁴⁶ Por ejemplo, el art. 3.b.5) Ley de la República Argentina 24.241, de 23 de septiembre de 1993, reconoce a las «amas de casa» el derecho a la afiliación voluntaria en el «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones». En Turquía se admite la afiliación voluntaria al régimen de autónomos de las mujeres al cuidado de su propio hogar; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 251. En Italia se ha creado un Fondo específico (*Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari*) en el *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, al que pueden contribuir voluntariamente los *casalinghe* menores de sesenta y cinco años; la afiliación al Fondo, por lo general incompatible con una actividad profesional, es compatible con el desempeño de un trabajo a tiempo parcial, a tenor del art. 1.3 Decreto Legislativo nº 565 de 16 de septiembre de 1996; vid. M.R. LUPERTI, «*Mutualità e pensioni alle casalinghe*», en R. PESSI, *La riforma del sistema previdenziale*, CEDAM, Pádova, 1995, pp. 283-284. La Ley peruana de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), de 29 de enero de 1999, incluye en su art. 4 a «las personas dedicadas exclusivamente a las tareas de su hogar», que podrían generar prestaciones por lactancia y sepelio. No obstante, la concesión de beneficios de Seguridad Social a las personas que se dedican al cuidado de su propio hogar puede provocar protestas de otros colectivos por considerar ese trato «demasiado generoso e inequitativo», como ha sucedido en Japón; vid. N. TAKAYAMA, *Cobertura de pensiones para grupos que corren riesgos específicos: el caso del Japón*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 3, 1999, pág. 73.

correspondiente actividad, pues, a diferencia del trabajo asalariado, los trabajos esporádicos por cuenta propia, aun a título lucrativo, quedan excluidos del Sistema¹⁴⁷. El art. 2.2 del Decreto 2530/1970 dispone que la habitualidad en los trabajos de temporada debe quedar referida a la duración normal de ésta, criterio temporal que es perfectamente coherente con la definición de «habitual» ofrecida por el Diccionario de la Real Academia, que implica un hacer, padecer o poseer «con continuación o por hábito». Pero al margen de esa previsión para los trabajos de temporada, la normativa de Seguridad Social no ofrece una pauta precisa sobre la que construir el contenido de un concepto jurídico indeterminado como es éste¹⁴⁸. La habitualidad, en sentido técnico, no implicaría más que el desarrollo de una actividad de forma regular, interpretación que ratifica el art. 1.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970¹⁴⁹.

La adopción de un concepto de habitualidad en clave temporal no está exenta de problemas, porque en ciertos supuestos el criterio temporal supone un alejamiento de la realidad, en la medida que trabajos de muy corta duración son susceptibles de proporcionar elevados ingresos, e incluso pueden constituirse en el medio fundamental de vida del trabajador. Por ello, en su día la jurisprudencia entendió que procedía la inclusión en el RETA cuando el trabajo por cuenta propia se convirtiera en la «principal actividad productiva que el trabajador desempeñe»¹⁵⁰. Se producía así un solapamiento

¹⁴⁷ Vid. SSTS de 30-4-1987 (Ar. 2845) y de 2-5-1995 (Ar. 4172 y 4173) y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19-6-2000 (AS 2142) y 30-7-2004 (JUR 225364) y de Extremadura de 17-3-2004 (JUR 127622).

¹⁴⁸ Acerca de las diferentes interpretaciones, vid. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004, pp. 916 y ss.

¹⁴⁹ A tenor de ese precepto, cuando se suspenda temporalmente el ejercicio de la actividad «por incapacidad debida a enfermedad o accidente, se entenderá que subsiste la habitualidad durante los períodos que no excedan del último día del segundo mes natural siguiente a aquél en que se haya iniciado la indicada suspensión». Téngase presente que el art. 73 de esa misma Orden permite mantener la vinculación con el Sistema transcurrido ese período de inactividad siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el precepto para acceder a la situación asimilada al alta. La inactividad por causas diferentes a la enfermedad o accidente debe provocar, lógicamente, la exclusión del Sistema —o al menos de este Régimen Especial—, siquiera con carácter temporal; vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64, pp. 448-451; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 69-71.

¹⁵⁰ Cfr. STS (Cont-Adv.) de 21-12-1987 (Ar. 9582).

entre habitualidad y medio fundamental de vida¹⁵¹, por mor de una interpretación un tanto forzada, que el propio TS descartaría posteriormente¹⁵².

La habitualidad implica un desempeño regular de una actividad, sin que el rendimiento económico que de ella se pueda obtener condicione la incorporación al Sistema; lo único relevante a estos efectos es que la actividad se desarrolle a título lucrativo, y no la cuantificación del beneficio, porque el provecho económico no influye directamente ni en materia de cotización ni de acción protectora¹⁵³. Sin embargo, las dificultades probatorias, básicamente, motivaron una toma de posición diferente por parte de la jurisprudencia, para evitar que permanezca al margen del Sistema quien realizando esporádicamente una actividad obtiene de ella los ingresos que posibilitan su subsistencia, incluso acomodada. Se entiende en estos casos que el elevado rendimiento económico es sinónimo de profesionalidad, y con ello se satisface el requisito de habitualidad, aunque el autónomo pueda desarrollar otras actividades incluso más lucrativas.

El TS ha defendido que allí donde no sea posible determinar con fehaciencia la habitualidad en perspectiva temporal puede tomarse como referencia el nivel de ingresos, convirtiendo la dimensión económica de la actividad en un criterio determinante para la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social¹⁵⁴. En concreto, se acudió como patrón al SMI¹⁵⁵, considerando esa cuantía como parámetro indicador de profesionalidad¹⁵⁶; los ingresos obtenidos en el ejercicio de la actividad se constituyen en indicio –no excluyente-¹⁵⁷ de habitualidad, más por razones

¹⁵¹ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril de 2002*, AS, nº 20, 2003, pp. 72-74.

¹⁵² Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 391-393.

¹⁵³ Así se ha entendido también en Francia o Bélgica; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pág. 945; D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 45.

¹⁵⁴ El mismo criterio tiene implicaciones en el ámbito comunitario, recogidas en el art. 12 bis 5 d) Reglamento 574/72, y es utilizado en derecho comparado; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 181.

¹⁵⁵ Esta remisión al SMI ha recibido críticas, hasta el punto de ser calificada como «arbitraria»; cfr. vid. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004, pág. 919. No es descartable que en un futuro esa referencia al SMI pudiera entenderse realizada al nuevo Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) creado por el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, lo que potencialmente supondría una expansión del ámbito subjetivo del Sistema, ya que la cuantía del IPREM es inferior a la del SMI.

¹⁵⁶ Vid. STS de 14-5-2002 (Ar. 6735), entre muchas otras.

¹⁵⁷ Como el hecho de percibir comisiones a lo largo de un período de tiempo relativamente extenso; vid. STSJ de Cataluña de 21-1-2000 (AS 793).

prácticas –facilidad de la prueba-¹⁵⁸ que por motivos estrictamente jurídicos¹⁵⁹, en supuestos de hecho con notables peculiaridades y proclives al conflicto¹⁶⁰, como el de los subagentes de seguros¹⁶¹. El subagente está obligatoriamente incorporado al Sistema cuando le une al agente un contrato de trabajo, lo que ocurrirá si efectúa «otros trabajos que no sean los propios de subagentes, como serían abono de pensiones y prestaciones, efectuar pago en nombre de débitos originados por su actividad, etc.»¹⁶². Pero en presencia de vínculo mercantil, la incorporación al Sistema de Seguridad Social depende de la habitualidad y, a la postre, de que los ingresos alcancen o no el umbral del SMI, con lo que no puede calificarse como trabajo marginal o no habitual el desarrollado durante un lapso de tiempo breve por el subagente cuando proporcione ingresos en una cuantía elevada¹⁶³.

La doctrina del TS «ha sido mal entendida y peor aplicada»¹⁶⁴, por lo que el mismo criterio se ha utilizado para otros colectivos¹⁶⁵, a pesar de que nació como remedio excepcional «aplicable en exclusiva a los subagentes de seguros»¹⁶⁶. La «determinación de la habitualidad es un problema más fáctico que jurídico»¹⁶⁷, y por

¹⁵⁸ Vid. STS de 29-10-1997 (Ar. 7683).

¹⁵⁹ Es crítico con esta solución J.L. TORTUERO PLAZA, «Artículo 7», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 160. Un sector doctrinal entiende que el recurso a los ingresos deriva, al menos en parte, «de la imposibilidad de que se esté en alta a tiempo parcial»; cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO, «Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales», en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 27.

¹⁶⁰ Las dificultades interpretativas que plantea la actividad de este colectivo ya se pusieron de manifiesto hace décadas; vid. J.I. TEJERINA ALONSO, *El acceso a la Seguridad Social de los agentes y subagentes de seguros*, RSS, nº 41, 1989, pág. 110.

¹⁶¹ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *La relación de trabajo de los subagentes de seguros: criterios de aplicación y aplicación temporal de los mismos*, AS, nº 20, 2003, pp. 54 y ss.; E. MARTÍNEZ LÓPEZ, *Los mediadores de seguros y su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social*, AS, nº 16, 1999, pp. 58 y ss.; M.C. DÍAZ DESCALZO, *El RETA y los agentes y subagentes de seguros*, RDS, nº 12, 2000, pp. 195 y ss.; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *El ámbito subjetivo del Régimen de Autónomos: problemas actuales, con especial referencia a la «redefinición» jurisprudencial de la nota de habitualidad*, DL, nº 69, 2003, pp. 40 y ss.; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Los mediadores de seguros y su afiliación al RETA*, RMTAS, nº 34, 2002, pp. 75 y ss.

¹⁶² Cfr. STS de 16-2-1998 (Ar. 1809).

¹⁶³ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *El RETA se mueve*, AS, nº 5, 2003, pp. 13-19.

¹⁶⁴ Cfr. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004, pág. 923.

¹⁶⁵ En relación con una modista, vid. STSJ de Navarra de 18-2-2004 (JUR 111898); sobre el titular de una explotación de engorde y cría de ganado porcino, vid. STSJ de Castilla y León/Burgos, de 11-11-2003 (JUR 186503/2004); acerca de un columnista de prensa, vid. STSJ de Cataluña de 6-6-2003 (AS 2341); relativa a una masajista, vid. STSJ del País Vasco de 3-6-2003 (AS 1560); respecto de una psicóloga, vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 17-9-2002 (JUR 230436); sobre un asesor contable, vid. STSJ del País Vasco de 11-6-2002 (JUR 224786).

¹⁶⁶ Cfr. STS de 9-12-2003 (Ar. 9369).

¹⁶⁷ Cfr. P. BENLLOCH SANZ, *La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados períodos de tiempo*, AS, nº 11, 2001, pág. 36.

ello el recurso al rendimiento económico se justifica únicamente ante las dificultades de prueba del carácter regular del trabajo. Al margen de los subagentes de seguros, supuesto particular, parece claro que deberá incorporarse al Sistema quien desarrolle cotidianamente una actividad por cuenta propia aunque los ingresos que de ella se deriven no alcancen el SMI¹⁶⁸, o incluso aunque esa actividad genere pérdidas¹⁶⁹, pues la mayor o menor productividad es indiferente para el Sistema cuando se aprecia un desempeño continuado –habitual en su más estricto sentido etimológico- de la actividad¹⁷⁰. El problema estriba, así pues, en identificar los supuestos en los que un ejercicio irregular, ocasional o esporádico de una actividad por cuenta propia implica el acceso al Sistema, máxime tomando en consideración que la habitualidad en el ejercicio de una actividad por cuenta propia no es sinónimo de que ésta se convierta en la actividad principal o predominante del trabajador¹⁷¹.

Técnicamente, quien realice un trabajo por cuenta propia de forma esporádica u ocasional, con independencia del provecho económico que de él obtenga, no debería quedar comprendido en el Sistema. De lo contrario se calificaría como trabajador autónomo a quien desarrolla una actividad durante un lapso temporal muy reducido a cambio de una alta compensación económica cuando ni se dedica habitualmente a esa actividad ni de ella obtiene su medio fundamental de vida (piénsese en la publicidad por parte de deportistas, por ejemplo). La habitualidad es un requisito indispensable –por exigencia legal- para el acceso del autónomo al Sistema, y ni la ley ni la jurisprudencia admiten la utilización alternativa de un módulo temporal o económico. La habitualidad debe medirse a partir de parámetros de temporalidad –bien de la actividad, bien de los resultados obtenidos-¹⁷² y, excepcionalmente, cuando no pueda extraerse una conclusión definitiva sobre ese aspecto, ha de recurrirse al montante de los ingresos.

Por consiguiente, cuando sea posible determinar con fehaciencia que un sujeto efectúa ocasionalmente una actividad por cuenta propia quedará excluido del Sistema, mientras que si tal actividad se desarrolla regularmente surgirá la obligación de

¹⁶⁸ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril de 2002*, AS, nº 20, 2003, pp. 74-76.

¹⁶⁹ Vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 17-10-2000 (JUR 83947/2001) y de 22-2-2001 (AS 3336).

¹⁷⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 26-2-2002 (AS 1468).

¹⁷¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, “Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales”, en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 45-47.

¹⁷² Vid. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004, pág. 920.

afiliación y/o alta, sin que los ingresos deban perturbar esa conclusión. El criterio del rendimiento únicamente tiene virtualidad cuando las especiales circunstancias del supuesto no permitan determinar la frecuencia con que se desarrolla la actividad. Comoquiera que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan» (art. 1.7 CC), es menester encontrar elementos de juicio que permitan ofrecer una solución, y los ingresos que genere la actividad pueden constituir un indicio relevante, aunque no decisivo¹⁷³, pues incluso cuando se trata de subagentes de seguros¹⁷⁴ es necesaria una valoración global¹⁷⁵ para llegar a una convicción plena¹⁷⁶.

La solución requiere un estudio casuístico; a modo de ejemplo, no dan lugar a inclusión en el Sistema las labores de mediación, conciliación o arbitraje extrajudicial. En esas tareas no concurre la nota de dependencia, pero tienen lugar con ocasión de una disputa puntual. El beneficio económico que se puede obtener varía, pero puede alcanzar cierta envergadura, y más en supuestos de repercusión nacional, en los que es posible que el encargado de mediar o resolver la controversia perciba por su intervención unos emolumentos superiores al SMI en cómputo anual. Sin embargo, no hay incertidumbre en tal supuesto sobre la dimensión temporal de la actividad, perfectamente acotada en el tiempo, por lo que, en ausencia de habitualidad, no procede la inclusión en el Sistema.

Es claro que no puede descartarse que en determinados períodos se genere un volumen de conflictos considerable, y que un mismo sujeto participe en todos o en varios de ellos, con lo que la perspectiva podría cambiar; y lo mismo sucede en otras actividades, como, por ejemplo, la impartición de conferencias. El criterio del rendimiento económico plantea problemas prácticos evidentes en estos supuestos, porque el sujeto desconoce usualmente en cuántas ocasiones le serán requeridos sus servicios, con lo que difícilmente puede determinar si en un período de tiempo dado desempeñará frecuentemente esas funciones o no¹⁷⁷.

¹⁷³ Vid. SSTSJ de Baleares de 4-6-2001 (AS 2668) y de Castilla-La Mancha de 19-6-2000 (AS 2142).

¹⁷⁴ Se ha admitido la incorporación al RETA de un subagente de seguros con ingresos inferiores al SMI al acreditarse un desempeño continuado de la actividad; vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 11-7-2000 (RJCA 1618).

¹⁷⁵ Vid. T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, n° 8, 2004, pág. 920.

¹⁷⁶ Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los problemas de encuadramiento en el RETA: algunos ejemplos en la jurisprudencia reciente*, AL, n° 47-48, 2002, pp. 1021-1022.

¹⁷⁷ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 65-67.

El Sistema de Seguridad Social ignora este tipo de actividades complementarias que surgen a raíz –con ocasión y a consecuencia- del desempeño de una ocupación principal, porque la profesionalidad no se predica de la condición de conferenciante, árbitro o mediador, sino de la actividad que motiva la invitación. Además, cada una de esas charlas, cursos, conferencias o conflictos debe individualizarse, porque no guardan una homogeneidad suficiente para su consideración unitaria y para su calificación como una misma actividad económica. Desde esta perspectiva, constituyen eventos esporádicos, puntuales e independientes, y por ello la inclusión o no en el Sistema debe tomar en consideración cada uno de ellos por separado, sin que proceda su aglutinación como un todo¹⁷⁸.

La dimensión temporal de la actividad se convierte en el criterio principal, y el rendimiento económico en un mecanismo excepcional y subsidiario. De lo contrario, el concepto de «habitualidad» podría solaparse con el de «medio fundamental de vida», a pesar de que la primera expresión está vinculada a un módulo temporal y la segunda únicamente valora el rendimiento obtenido por el desempeño de la actividad. No en vano, si se estima que una actividad constituye el medio fundamental de vida de un trabajador por cuenta propia necesariamente concurrirá la habitualidad en su dimensión económica. A la postre, la ficción que supone medir la profesionalidad sobre la base del rendimiento económico conlleva que el Sistema de Seguridad Social no actúe verdaderamente como mecanismo de protección contra riesgos sociales, sino como una especie de recaudador con una finalidad tributaria.

Habría de ser la propia norma quien apostase por una opción concreta, definiendo el trabajo marginal por cuenta propia en términos de rendimiento económico o bien de dedicación, para hacer frente a la incertidumbre que genera la ausencia de un criterio definido. No se olvide que la habitualidad de los subagentes de seguros se mide a partir de los ingresos, mientras que ese factor no es determinante, ni siquiera como indicio, para los agentes¹⁷⁹ -salvo excepciones-¹⁸⁰, con las consecuencias que genera, asimismo, el cambio de encuadramiento con carácter retroactivo, como ha ocurrido con

¹⁷⁸ A diferencia de otras actividades, como la de modelo por ejemplo, que sí podría justificar una valoración global de diversos eventos no relacionados directamente, porque ésa es, precisamente, la profesión que se ejerce; vid. L.E. DE LA VILLA GIL y J.R. MERCADER UGUINA, *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 38-39.

¹⁷⁹ Por todas, vid. SSTS de 14 (tres) y 16-5-2001 (Ar. 5207, Ar. 5208, Ar. 5209 y Ar. 5219), 12-6-2001 (Ar. 5934), 6 (dos) y 12-7-2001 (Ar. 7006, Ar. 7007 y Ar. 9311), 14-2-2002 (Ar. 3790) y 18-6-2002 (Ar. 7428).

¹⁸⁰ Vid. STS de 13-12-2004 (Ar. 1728/2005).

los propios subagentes¹⁸¹. Como propuesta de *lege ferenda*, debería admitirse la inclusión en el Sistema del trabajo por cuenta propia no habitual, incluso arbitrando fórmulas de afiliación y/o alta voluntarias. En un primer momento, como se sabe, se exigía la habitualidad incluso para el trabajo asalariado, habitualidad que constituía una de las notas caracterizadoras del concepto de obrero¹⁸². Superada esa etapa, el trabajo asalariado no habitual es una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social, a salvo de alguna posible, aunque excepcional, válvula de escape¹⁸³. La misma senda podría transitar el trabajo por cuenta propia no habitual, porque no se aprecian dificultades jurídicas insalvables para su incorporación al listado de actividades comprendidas en el Sistema, del que permanece al margen por motivos económicos y de índole técnico.

Esa extensión contribuiría a la dinámica actual de promoción del trabajo autónomo, como remedio –uno de varios- contra el desempleo¹⁸⁴. La adopción de esa medida parece hasta el momento lastrada por la dificultad de controlar y probar el ejercicio efectivo y los ingresos obtenidos por el desempeño de la actividad. La permanente sospecha de fraude ha dado lugar a esa noción de habitualidad desde parámetros de rendimiento económico y no de temporalidad, que en algunos supuestos ofrece una solución más acorde con la realidad, pero plantea también interrogantes propios, como la determinación del momento efectivo de cese de la actividad, o si es posible el cese temporal con posterior reanudación –incuestionable si se toma un concepto temporal de habitualidad-, o bien si el alta –y por tanto la inclusión en el Sistema- se mantiene obligatoriamente en tanto se obtengan ingresos superiores al SMI en un módulo temporal prefijado –el año- aunque el trabajo por cuenta propia se desarrolle esporádicamente¹⁸⁵. A la postre, estos problemas se circunscriben a los autónomos del RETA, porque en el REA y en el RETM la actividad por cuenta propia ha de constituirse en el medio fundamental de vida del trabajador, requisito que agota la dimensión económica¹⁸⁶; en consonancia, la habitualidad en estos regímenes, que

¹⁸¹ Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Los problemas de encuadramiento en el RETA: algunos ejemplos en la jurisprudencia reciente*, AL, nº 47-48, 2002, pp. 1017-1022.

¹⁸² Vid. art. 427 Código de Trabajo de 1926.

¹⁸³ IX.2.

¹⁸⁴ Vid. M.C. ORTIZ LALLANA, *Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión Europea*, RL, nº 7-8, 2000, pp. 19 y ss.

¹⁸⁵ Vid. P. BENLLOCH SANZ, *La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados periodos de tiempo*, AS, nº 11, 2001, pp. 36-38.

¹⁸⁶ Vid. F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 127 y ss.; A. LANGREO NAVARRO, “El mercado de trabajo en la agricultura

también se exige, debe interpretarse en clave temporal, de desarrollo de la actividad de manera regular¹⁸⁷, que no permanente¹⁸⁸, y con las adaptaciones pertinentes para los trabajos de temporada¹⁸⁹.

4- La mayoría de edad como exigencia de acceso al Sistema para los trabajadores autónomos

El criterio profesional debería implicar que todo el que desarrolle lícitamente una actividad protegida tiene el derecho y la obligación de incorporarse al Sistema de Seguridad Social. En el trabajo asalariado esa conclusión se refleja plenamente en la regulación legal, pero no así en el trabajo por cuenta propia; junto a los requisitos que debe reunir la actividad para adquirir la suficiente dosis de profesionalidad (ejercicio personal y directo, ánimo de lucro y habitualidad), el Sistema exige al sujeto que realice el trabajo por cuenta propia que acredite determinadas condiciones personales. De este modo, el desarrollo de una actividad por cuenta propia de forma habitual y a título lucrativo no garantiza la incorporación al Sistema de Seguridad Social; el trabajador debe ser mayor de edad y, si es extranjero, estar autorizado para residir y realizar una actividad por cuenta propia en España.

La nacionalidad no es en sí misma un requisito de acceso, porque los extranjeros que desarrollen una actividad por cuenta propia pueden -y deben- incorporarse al Sistema de Seguridad Social. La obtención de las correspondientes autorizaciones es imprescindible, lógicamente, y en este punto la situación de los trabajadores autónomos extranjeros presenta particularidades respecto a la de los trabajadores asalariados, en la medida que el nivel de confusión no es comparable. La ausencia de empresario supone la inaplicación del art. 36.3 LOE, y decaen asimismo la mayor parte de argumentos

española", en J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO (Coord.), *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria*, CES, Madrid, 2003, pp. 21 y ss.

¹⁸⁷ Vid. C. AGUT GARCÍA, *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: régimen jurídico del campo de aplicación*, RTSS, nº 15, 1994, pp. 70 y ss.; L. HURTADO GONZÁLEZ e I. MARÍN ALONSO, *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999, pp. 92-96; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Las notas de «habitualidad» y «medio fundamental de vida» delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente*, AL, nº 38, 2002, pp. 853 y ss.

¹⁸⁸ A modo de ejemplo, la baja en el censo agrario por el cese temporal en las tareas de índole agrícola no se produce de forma inminente, sino que se requiere la dedicación «con carácter exclusivo e ininterrumpidamente a otras actividades no agrarias durante un período superior a tres meses naturales consecutivos» [art. 45.1.4º.a) RD 84/1996].

¹⁸⁹ Ni el RETA ni el REA contienen una previsión similar a la del art. 2.2 del Decreto 2530/1970 respecto a la habitualidad en los trabajos de temporada, aunque la doctrina, con buen criterio, entiende extrapolable esa regla a todos los regímenes que acojan a trabajadores por cuenta propia; vid. X.M.

tendientes a extender la protección por riesgos profesionales, ya que el incumplimiento empresarial de las obligaciones de solicitar y obtener las autorizaciones no puede servir como sustento. El trabajador autónomo debe cumplir tales exigencias por sí mismo, y es él, por consiguiente, quien debe sufrir las consecuencias de tal omisión¹⁹⁰. De este modo, la carencia de la autorización para trabajar por cuenta propia impide acceder al Sistema como trabajador independiente.

El Sistema de Seguridad Social, sin embargo, ha convertido a otra circunstancia personal, la mayor edad, en una exigencia expresa para el ingreso de los trabajadores por cuenta propia, a diferencia de lo que sucede respecto del trabajo asalariado, donde la edad no es en sí requisito, sino la validez o nulidad del contrato de trabajo. La licitud o ilicitud de la actividad por cuenta propia tiene una trascendencia decisiva, pero aunque la actividad se desarrolle lícitamente no cabrá el ingreso en el Sistema si el trabajador no ha cumplido los dieciocho años. Como se sabe, el menor cuenta con diferente capacidad de obrar en función de si está o no emancipado, hasta el punto de quedar equiparado al mayor de edad tras la emancipación, con las excepciones del art. 323 CC. De este modo, y comoquiera que no se ha establecido una prohibición absoluta por edad para actuar en el tráfico jurídico, sino limitaciones concretas para determinados actos, un menor podría realizar válidamente una actividad por cuenta propia, ya se constituya o no como empresario en sentido propio¹⁹¹.

Si el Sistema español de Seguridad Social hubiera identificado en este punto el trabajo asalariado y el trabajo autónomo habría suprimido cualquier referencia a la edad, y con ello todos los trabajadores por cuenta propia que desarrollasen lícitamente una actividad protegida por el Sistema quedarían comprendidos en su ámbito de aplicación. La cuestión de la capacidad para realizar determinados actos es ajena a la normativa de Seguridad Social y debe ventilarse en el correspondiente sector del ordenamiento. Sin embargo, los trabajadores autónomos han visto supeditado su acceso al Sistema al cumplimiento de una determinada edad ya desde la propia Ley de Bases¹⁹².

CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 232-233.

¹⁹⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 13-11-2003 (JUR 8272/2004) y Resolución de la TGSS de 13 de julio de 2000, publicada en *Tribuna Social*, nº133, 2002, pp. 109-110.

¹⁹¹ Vid. J. GUITIÁN OLMEDILLA, *La capacidad contractual del menor emancipado como empresario laboral*, DL, nº 47, 1995, pp. 173 y ss.

¹⁹² El Decreto 1167/1960 no estableció ninguna limitación por edad para acceder al Mutualismo Laboral. La Orden creadora de la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Alimentación sí contempló como edad mínima los dieciocho años, pero referida únicamente a los hijos y hermanos de los trabajadores autónomos.

La restricción, en cierta medida, se justifica por la análoga previsión del art. 4 del Código de Comercio, ya que a los dieciocho años se alcanza la capacidad requerida para el «ejercicio habitual del comercio», si bien es claro que ese precepto -que debería interpretarse en relación con el art. 323 CC- no priva de toda capacidad al menor de edad, y que el art. 5 del Código de Comercio expresamente prevé que los menores de dieciocho años pueden «continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes»¹⁹³. En cualquier caso, los dieciocho años se convierten en requisito explícito para el alta en el RETA¹⁹⁴ y para la incorporación de los autónomos del REA¹⁹⁵. No se contiene previsión similar respecto del RETM, pero el art. 7 LGSS es una norma de aplicación general a todo el Sistema de Seguridad Social que, por su ubicación en el Título I LGSS¹⁹⁶, suple la omisión de las normas reguladoras del RETM en este extremo¹⁹⁷.

Coherentemente, los autónomos, cualquiera que sea la rama de actividad en la que deba encuadrarse su actividad, únicamente podrán acceder al Sistema cuando hayan cumplido los dieciocho años. Cuestión distinta es que el Sistema sí tome en consideración a ese menor de dieciocho años como empleador, en su caso, ya que la edad limita únicamente la posibilidad de acceder al campo de aplicación del Sistema como sujeto comprendido, pero de ningún modo exime de cumplir las obligaciones que se derivan de la condición de empleador que legítimamente se posee¹⁹⁸, diferencia de trato de difícil justificación, pues, a la postre, el Sistema decide contemplar para las obligaciones e ignorar para los derechos una misma situación¹⁹⁹.

En la búsqueda de una interpretación que flexibilice el rigor del requisito de edad²⁰⁰, un sector doctrinal ha defendido, a partir de una interpretación histórica y

¹⁹³ Vid. R. URÍA, *Derecho Mercantil*, Vigésimo Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 148-149; J. GUITIÁN OLMEDILLA, *La capacidad contractual del menor emancipado como empresario laboral*, DL, nº 47, 1995, pp. 173 y ss.

¹⁹⁴ Vid. art. 3 del Decreto 2530/1970.

¹⁹⁵ Vid. art. 5 del Decreto 3772/1972.

¹⁹⁶ Vid. M. CANOSA RODRIGO, *Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pág. 21.

¹⁹⁷ En defensa de la inaplicación del límite de edad a los autónomos del REA y el RETM, vid. A. CUBAS MORALES, *El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 12, 1993, pp. 28 y ss.

¹⁹⁸ Vid. L. HURTADO GONZÁLEZ, *El encuadramiento del empresario en la Seguridad Social*, TL, nº 26, 1993, pp. 77 y ss.

¹⁹⁹ Vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Sobre una exclusión indebida del campo de aplicación del RETA: la del menor emancipado*, La Cuarta Esquina, Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Murcia, nº 2, 1990, pág. 24; F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 85-86.

²⁰⁰ Aunque se ha defendido que estando «en juego el principio de legalidad», una eventual admisión en el Sistema de los autónomos menores de dieciocho años resulta «inadmisibles»; cfr. J. MONTALVO

sistemática de las modificaciones legales en materia civil y mercantil, que ese límite de los dieciocho años no se refiere en realidad a la mayoría de edad, y sí a la edad en que es posible la emancipación²⁰¹. Por su parte, la doctrina judicial ha admitido en ciertos casos el acceso al Sistema como trabajadores autónomos de menores emancipados, sobre la base de que el art. 323 CC no impide al menor ostentar la titularidad de una empresa o ejercer una actividad empresarial, por lo que a tales efectos, y ante el vacío legal, se produciría una asimilación al mayor de edad²⁰². Sin embargo, una interpretación literal excluye, de forma prácticamente completa, el margen de maniobra exegético, en la medida que las normas correspondientes no remiten a la mayoría de edad, o a la edad de emancipación, sino que fijan una edad determinada que hasta el momento no ha sufrido modificación²⁰³. Una interpretación de esta índole deja sin explicar, asimismo, por qué el art. 7 LGSS 1994, posterior por tanto a todas esas modificaciones legales sobre la mayor edad y la emancipación, ratifica la necesidad de que el autónomo cuente con dieciocho años para acceder al Sistema.

Las modificaciones legislativas en sectores diferentes al de la Seguridad Social podrían afectar a ésta, como ha ocurrido con la edad mínima de admisión al trabajo, cuya elevación –o eventual disminución– repercute en la conformación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social; pero esta situación no tiene parangón con la del trabajador autónomo²⁰⁴. El concepto de trabajador asalariado en el Derecho de la Seguridad Social presenta hasta el momento una inescindible relación con el previsto en Derecho del Trabajo por la vía de la remisión expresa. Por el contrario, la LGSS, y por

CORREA, “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 261.

²⁰¹ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 167-168; M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 64.; J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 53; A. FERRANTE, *La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo*, AS, nº 4, 2005, pp. 65 y ss..

²⁰² Vid. SSTSJ de Andalucía/Granada de 27-2-1996 (AS 337), de Galicia de 8-5-1998 (AS 967) y de Castilla-La Mancha de 21-9-1998 (AS 3817); en sentido contrario, vid. SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 5-5-1997 (AS 3857), de Cataluña de 20-6-2001 (AS 3222) y de Murcia de 9-4-2001 (AS 1906) y 6-5-2002 (AS 1633).

²⁰³ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *Acerca del encuadramiento del menor emancipado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (Comentario a la STSJ de Andalucía, Granada, de 27 de febrero de 1996)*, Tribuna Social, nº 70, 1996, pp. 49-51; J.M. MARÍN CORREA, *Emancipación civil y afiliación a la Seguridad Social*, AL, nº 32, 2002, pp. 2859-2860; D.A. SÁNCHEZ NAVARRO, *La inclusión en el campo de aplicación del RETA de trabajadores menores de 18 años emancipados*, AS, Tomo II, 2002, pp. 2242 y ss.

²⁰⁴ Vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Sobre una exclusión indebida del campo de aplicación del RETA: la del menor emancipado*, La Cuarta Esquina, Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Murcia, nº 2, 1990, pág. 24.

extensión la normativa sobre Seguridad Social, por más que deduzca en negativo el concepto de trabajador por cuenta propia a partir de las notas de ajenidad y dependencia, ha establecido requisitos adicionales para que el trabajo autónomo pueda ser merecedor de cobertura social, y entre ellos la edad; no hay remisión a ninguna otra norma, sino que esa circunstancia opera como límite propio y específico del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, y por ello no se ve afectado por alteraciones externas, aunque su nacimiento viniera ligado a un determinado contexto²⁰⁵.

Lógicamente, puede estimarse que «esta exigencia no tiene demasiado sentido»²⁰⁶, máxime en un Sistema firmemente asentado sobre un criterio profesional y donde el espectro de actividades a desarrollar en un mercado tan amplio como el actual no permite presumir, ni siquiera con carácter *iuris tantum*, que un menor de edad, esté o no emancipado, carece de capacidad para desarrollar una actividad por cuenta propia²⁰⁷; a la postre, no se encuentra una justificación clara para admitir el trabajo asalariado con anterioridad a los dieciocho años, con complemento de capacidad en su caso, y no el ejercicio de una actividad por cuenta propia²⁰⁸.

Ahora bien, en ausencia de modificación legal, los trabajadores autónomos menores de dieciocho años no podrán acceder al Sistema de Seguridad Social, ni siquiera de forma voluntaria²⁰⁹, a salvo de concretas y puntuales excepciones, como los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. La DA Cuarta LGSS, que recoge lo dispuesto en la DA Cuarta Ley 3/1987, concede a la cooperativa un derecho de opción respecto de sus socios trabajadores, como se desarrollará posteriormente²¹⁰. La cooperativa ha decidir en sus estatutos si sus socios trabajadores se asimilan a trabajadores por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia, con las pertinentes consecuencias respecto del encuadramiento en la Seguridad Social. El RD 225/1989, de

²⁰⁵ Vid. A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del RETA*, AS, nº 10, 2001, pp. 52-54.

²⁰⁶ Cfr. I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pág. 81.

²⁰⁷ Precisamente por ello, el art. 2.f) de la Ley ecuatoriana de Seguridad Social, de 13 de noviembre de 2001, declara comprendido en el Sistema al «menor trabajador independiente», entendiéndose por tal, según el art. 9.f) de la misma norma, «toda persona menor de dieciocho (18) años de edad que presta servicios remunerados a otras personas, sin relación de dependencia, por sí misma o en asociación con otras personas de igual condición». En otros ordenamientos, por el contrario, el ingreso como trabajador autónomo se sujeta al mismo límite de edad que el establecido para los trabajadores asalariados, como sucede en Irlanda a tenor del art. 17 de la *Social Welfare (Consolidation) Act, 1993*.

²⁰⁸ La edad mínima de admisión al sistema ha sido justificada en otros ordenamientos bien por las particularidades propias de una determinada configuración de la pensión de jubilación, bien por consideraciones financieras basadas en una morbosidad más elevada; vid. F. NETTER, *La Sécurité Sociale et ses principes*, Sirey, París, 1959, pp. 67-68.

²⁰⁹ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 5-3-2001 (JUR 191850).

3 de marzo²¹¹, desarrolló el derecho de opción, regulación hoy recogida en el art. 8 RD 84/1996, de 26 enero.

A tenor de esta norma, la opción debe afectar a todos los socios trabajadores – nada se dice respecto a su edad- y es renunciable una vez realizada, en el sentido de que transcurridos cinco años desde la fecha en la que se ejercitó por última vez es posible su alteración por la vía de la modificación estatutaria; con ello cambiaría el régimen de Seguridad Social aplicable a todos los socios trabajadores, pues no se admite la opción parcial. La asimilación a trabajadores autónomos supone que la previsión general del art. 7 LGSS, e incluso los requisitos impuestos por las normas reguladoras de los regímenes especiales que admiten el alta de quienes desarrollan actividades por cuenta propia, deben ceder ante la especialidad de la DA Cuarta LGSS, cuyo apartado 5 remite a la norma reglamentaria para concretar ese derecho de opción. El art. 8 RD 84/1996 no estableció ninguna limitación por razón de edad, pero tampoco venía impuesta por la DA Cuarta LGSS, por lo que no ha incurrido en *ultra vires*.

En sentido estricto, el derecho de opción no se dirige, ni siquiera mediatamente, a eludir el requisito de edad, sino que presenta un mero carácter instrumental; su propósito es el de facilitar la incorporación al Sistema de un colectivo, los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, que propiamente no pueden ser considerados trabajadores asalariados ni autónomos y cuya protección de Seguridad Social ha transitado por complejas vicisitudes históricas. En una interpretación contextual, la omisión de la referencia a la edad en las normas referidas al derecho de opción de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado no ha de significar necesariamente una exención del requisito. Simplemente se concede la facultad de elección entre dos regímenes jurídicos de acceso y protección diferenciados –trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia-, pero una vez tomada esa inicial decisión no debería encontrarse inconveniente en aplicar en su integridad las normas relativas al régimen de Seguridad Social correspondiente.

Sin embargo, no ha sido ésa la interpretación que ha prevalecido, sobre la base de que los socios trabajadores de cooperativas no son más que asimilados y por ello su inclusión en el Sistema puede ser objeto de adaptaciones, como se deduce del art. 114.2

²¹⁰ III.6.

²¹¹ BOE de 8 de marzo.

LGSS²¹²; esas modulaciones se refieren habitualmente a la acción protectora, pero también podrían dar lugar a una cierta flexibilización de los requisitos de acceso al Sistema. En consecuencia, cuando los estatutos de la cooperativa los asimilen a trabajadores por cuenta propia, los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado pueden proceder al alta en el RETA, REA o RETM –como trabajadores autónomos– aunque no reúnan todas las condiciones establecidas en el régimen especial correspondiente a su actividad²¹³; podrán ingresar en el Sistema aunque no hayan cumplido los dieciocho años, estén o no emancipados²¹⁴, ya que el ejercicio de la opción por parte de la cooperativa afecta a todos sus socios, como ya disponía el art. 1 RD 225/1989, y mantiene el art. 8.2.2º del RD 84/1996²¹⁵. En todo caso, esa posibilidad requiere el cumplimiento de los dieciséis años, no ya porque el Sistema de Seguridad Social así lo establezca, sino porque es la edad mínima para adquirir la condición de socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado²¹⁶.

En situación análoga se encuentran los socios trabajadores y los consejeros y administradores sociales que en virtud de la DA 27ª LGSS deban ser calificados como trabajadores por cuenta propia. Se produce en estos supuestos una inclusión constitutiva por la vía de la asimilación, al igual que sucede con los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. La DA 27ª LGSS no efectúa una remisión expresa a los requisitos generales de inclusión en el RETA, y ni siquiera menciona el Decreto 2530/1970, sino que dispone la obligatoria inclusión en el RETA de quienes «ejercen las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a

²¹² Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, "El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1160.

²¹³ Vid. Informe de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 16 de noviembre de 1987, que puede consultarse en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 133-135. La doctrina judicial no había sido unánime hasta entonces; rechazando la incorporación al RETA de un cooperativista menor de edad, vid. Sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 1 de Sevilla de 15-11-1994, publicada en AL, nº 8, 1984, pp. 469-470.

²¹⁴ Vid. Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 16 de diciembre de 1987.

²¹⁵ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 104-108. En contra de esta interpretación, por estimar que no concurre peculiaridad alguna para este colectivo, vid. P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 20-23.

²¹⁶ El art. 118.2 Ley 3/1987 también situaba el límite en los dieciséis años. En el momento actual, el art. 80 Ley 27/1999 utiliza una formulación más amplia, pero remite asimismo al art. 6 ET al disponer que «podrán ser socios trabajadores quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo».

título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquÉlla».

En consecuencia, estarán incluidos en el RETA el socio trabajador, el trabajador no socio y los consejeros y administradores ejecutivos que ostenten el control efectivo de una sociedad mercantil de capital. La DA 27ª LGSS no establece un requisito de edad, ni se puede deducir fácilmente que opere el previsto con carácter general, pues no hay remisión expresa. Esa labor de consejero o administrador -más discutible es la de socio trabajador o trabajador no socio con control efectivo- no constituye en sentido estricto una actividad por cuenta propia, y por ello su acceso al Sistema se ha debido producir tras una declaración expresa de asimilación, primero jurisprudencial y posteriormente legislativa.

El trabajador menor de edad de una sociedad de capital que haya suscrito un contrato de trabajo quedará encuadrado de ordinario en el Régimen General; pero la concurrencia de las circunstancias que permiten presumir el control efectivo, o que la Administración demuestre que realmente existe ese control, determinará su expulsión de ese Régimen, y consecuentemente del Sistema de Seguridad Social, ante la imposibilidad de proceder al alta como autónomo por incumplimiento del requisito de edad. Sin embargo, las razones aducidas para incluir a los socios trabajadores de cooperativas menores de edad son perfectamente extrapolables a los trabajadores, consejeros y administradores de sociedades de capital que ostenten el control efectivo²¹⁷. En esa línea, el socio trabajador o el trabajador no socio menor de edad con control efectivo, esté o no emancipado, debería proceder al alta en el RETA por aplicación de la DA 27ª LGSS (o del art. 21.3 Ley 4/1997 en caso de sociedades laborales).

La situación se reproduce, aunque con alguna diferencia, en caso de consejeros activos y administradores de sociedades de capital menores de edad que ostenten el control efectivo. En ese supuesto hay que tomar en consideración el art. 124.1 de la Ley de Sociedades Anónimas²¹⁸ y el art. 58 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada²¹⁹, que prohíben ejercer como administrador al menor de edad no

²¹⁷ En contra de tal interpretación, vid. Informe de 21 de mayo de 1999, de la Subdirección General de Recursos Económicos, en materia de encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social de un trabajador menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, hijo de un administrador de sociedad de responsabilidad limitada que poseía el cincuenta por ciento de las acciones.

²¹⁸ Cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre.

²¹⁹ Ley 2/1995, de 23 de marzo.

emancipado²²⁰. Ninguno de esos preceptos fija una edad mínima ni la causa de emancipación, lo que teóricamente permitiría el acceso al RETA de un administrador de catorce años emancipado por matrimonio, por ejemplo, pero nunca podría quedar incorporado al Sistema –salvo que concurriesen las notas típicas de la relación laboral– un administrador menor de edad no emancipado, porque en esa coyuntura el nombramiento como administrador habría de reputarse *contra legem* y, por ende, nulo²²¹.

5- Los profesionales liberales y su laboriosa incorporación a la Seguridad Social

Los profesionales liberales no son el prototipo de trabajador autónomo que tradicionalmente ha contemplado la Seguridad Social, que pensaba en otros colectivos²²², máxime mientras estuvo vigente el requisito de encuadramiento sindical²²³. Tampoco en sentido estricto constituyen un supuesto de asimilación, sino más bien una figura con perfiles específicos que, sin embargo, no deben obstaculizar su acceso al Sistema de Seguridad Social en calidad de auténticos trabajadores por cuenta propia²²⁴. La controversia generada por la incorporación al Sistema de este colectivo no se debe a la naturaleza jurídica de la actividad, sino a la gran tradición de sus instrumentos propios de previsión social (colegios privados romanos, cofradías, hermandades, montepíos, etc.), tradición unida en ocasiones a una acción protectora

²²⁰ Esos preceptos se referían en origen al menor de edad, sin mayor adjetivación, excluyendo del cargo de administrador a quienes no alcanzasen los dieciocho años. La Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) modificó ambos artículos, limitando la prohibición a los menores no emancipados; vid. F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 47-48 y 203; J.L. FERNÁNDEZ RUIZ y M.A. MARTÍN REYES, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Cuarta Edición, Edersa, Madrid, 2003, pág. 328.

²²¹ En contra, por entender aplicable el requisito general de mayoría de edad, vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, "Disposición Adicional 27ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 1340.

²²² «*The liberal professions, which probable generate relatively high incomes, tend to be well-organised and articulate, and so have often succeeded in securing better social provision at an earlier date than others in greater need*»; cfr. B. SCHULTE, "Employment in the European Union-Trends and perspectives", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 100.

²²³ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico*, RSS, nº 15, 1982, pp. 151 y ss.; del mismo autor, *Los derechos colectivos de los médicos del sector público*, RSS, nº 13, 1982, pp. 7 y ss.

²²⁴ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Campo de aplicación del RETA en relación con los colegiados profesionales*, AL, nº 47, 1996, pág. 925.

más perfeccionada que la del Sistema de Seguridad Social o, desde otra perspectiva, a una menor exigencia contributiva²²⁵.

En perspectiva histórica, los profesionales liberales se han agrupado en colegios profesionales, que se preocuparon de atender las situaciones de necesidad de sus colegiados mediante su vinculación con montepíos. Esta conexión estuvo a punto de provocar la desaparición de los montepíos cuando el RD de 8 de junio de 1823 – inspirado en las corrientes de pensamiento que alentaron la Revolución Francesa – admitió el libre ejercicio de profesión para los profesionales titulados. Sin embargo, los colegios profesionales sobrevivieron, y ello propició la creación de diversas mutualidades para los médicos, arquitectos, ingenieros y abogados, entre otros; y algunas de ellas, como novedad, nacían con carácter obligatorio²²⁶.

Las mutualidades de previsión social se consolidaron con la Ley de Mutualidades de 6 de diciembre de 1941, lo que por aquel entonces convertía a los profesionales liberales en el colectivo de trabajadores independientes con una previsión social más avanzada. La inclusión de los trabajadores autónomos en el Mutualismo Laboral operada por el Decreto 1167/1960 no afectó a los profesionales liberales, por cuanto esa norma requería la afiliación sindical previa del trabajador autónomo –pero no individualmente, sino de su profesión-²²⁷ y los profesionales liberales quedaban al margen de los sindicatos²²⁸. En los mismos términos cabe referirse a la Ley de Bases de 1963, su Texto Articulado de 1966 y a la originaria redacción del Decreto 2530/1970, que constituyó el RETA.

Sin embargo, en la década de los setenta comenzaron a producirse un buen número de inclusiones expresas en el RETA –en el Sistema de Seguridad Social por

²²⁵ Vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 16 y ss.; F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 24 y ss.; M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pp. 87 y ss.; S. DEL SAZ, *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 21; R. MORENO RUIZ, *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*, CES, Madrid, 2000, pp. 130-136; C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, nº 25, pp. 12-13; A. FANLO LORAS, “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”, en AA.VV., *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 69.

²²⁶ Vid. L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 66-72 y 91-97; I. MARTÍN DE NICOLÁS Y DE OSMA, *Protección social al trabajador autónomo en España (Sector de profesiones liberales)*, RISS, nº 5, 1975, pp. 905-906; A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, RISS, nº 5, 1963, pp. 1087-1088.

²²⁷ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, nº 21, 1997, pág. 35.

tanto- a través de normas o resoluciones de presunto carácter declarativo, pero necesarias por las dudas que muchas profesiones suscitaban respecto de su efectivo encuadramiento sindical o de la obligatoriedad de colegiación²²⁹. De este modo -aunque no se trata en todos los casos de profesionales colegiados, merece la pena su mención conjunta por el mecanismo de inclusión utilizado-, accedieron al Sistema los peritos y tasadores de seguros²³⁰, los distribuidores oficiales de butano²³¹, los agentes comerciales especializados en aceites²³², los taxistas²³³, los vigilantes nocturnos²³⁴, los trabajadores conductores de reparto de bombonas de butano propietarios de los vehículos que utilizan²³⁵, los gestores intermediarios en promociones de edificación²³⁶, los naturópatas²³⁷, los fisioterapeutas²³⁸, amén de los periodistas profesionales que realizan su actividad por cuenta propia, supuesto con connotaciones diferentes a los anteriores²³⁹.

Estas inclusiones expresas beneficiaban a un número reducido de profesionales colegiados, por lo que la mayor parte quedaban excluidos del Sistema a causa de la tradicional diferencia de ámbito subjetivo entre sindicatos y colegios profesionales²⁴⁰. Ciertamente, sin embargo, que la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 admitió la creación de Colegios Profesionales Sindicales, a los que podían pertenecer los profesionales titulados encuadrados sindicalmente y no mencionados en la Ley Constitutiva de las

²²⁸ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, "Profesionales titulados y Seguridad Social pública", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 558.

²²⁹ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 149.

²³⁰ Vid. Orden Ministerial de 12 de enero de 1971 (BOE del 22).

²³¹ Vid. Resolución de la DGSS de 23 de octubre de 1972 (BOE de 10 de noviembre).

²³² Vid. Resolución de la DGSS de 24 de noviembre de 1972 (BOE de 6 de diciembre).

²³³ Vid. Resolución de 8 de septiembre de 1976.

²³⁴ Vid. Decreto 2727/1977, de 15 de octubre (BOE de 5 de noviembre), y Resolución de 24-10-1979, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.

²³⁵ Vid. Circular 130/1979, de 28 de julio, del Mutualismo Laboral, que puede consultarse en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 73-74.

²³⁶ Vid. Circular de la TGSS núm. 3-001, de 17-1-1990, publicada en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 97-98.

²³⁷ Vid. Circular de la TGSS de 22-10-1993.

²³⁸ Vid. Resolución de la TGSS de 13 de febrero de 1997, publicada en Tribuna Social, nº 79, 1997, pp. 113-114. La Circular núm. 5-027, de 12 de junio de 1997, dejó en suspenso la inclusión de este colectivo en el RETA a pesar de que la DA 15ª Ley 30/1995 les afecta plenamente.

²³⁹ Vid. Consulta 2023, de 10 de julio de 1990, de la TGSS, reproducida en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 99-101.

²⁴⁰ Para un estudio en profundidad de las diferencias entre ambas instituciones, vid. J. GARCÍA MURCIA, *Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 31, 1991, pp. 151 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Colegios profesionales y Constitución*, RL, Tomo I, 1993, pp. 71 y ss.; J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pp. 7 y ss.

Cortes, de 17 de julio de 1942²⁴¹. Sobre estas bases, se crearon Colegios Profesionales Sindicales para los Ópticos, Administradores de Fincas Urbanas, Delineantes y Decoradores²⁴², cuyos colegiados fueron incorporados progresivamente al RETA²⁴³, y sus mutualidades se transformaron en instituciones de previsión social complementaria, si bien en algún caso el TS ha discrepado de la efectividad de tal integración²⁴⁴. Además, aunque no habían constituido un Colegio Profesional Sindical, el Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre, integró en el RETA a los Graduados Sociales²⁴⁵, pese a la ausencia de encuadramiento sindical²⁴⁶. Por su parte, el Decreto 806/1973, de 12 de abril²⁴⁷, hizo lo propio con los agentes de seguros²⁴⁸; el RD 2649/1978, de 29 de septiembre²⁴⁹, integró en el RETA, previa solicitud de la Asamblea de Presidentes de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, a los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia que ejerzan la actividad a título lucrativo²⁵⁰; y el RD 2830/1978, de 3 de

²⁴¹ Esa norma, incluidas sus modificaciones, menciona a los abogados, médicos, farmacéuticos, veterinarios, arquitectos, 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 propiedad y actuarios; vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, nº 21, 1997, pp. 39 y ss.

²⁴² Vid. E. BORRAJO DACRUZ, "Profesionales titulados y Seguridad Social pública", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 558-559; F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 43; A. FANLO LORAS, "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", en AA.VV., *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 72-73.

²⁴³ Vid. Decreto 806/1973, de 12 de abril -BOE del 30 de abril- para los agentes de seguros; Oficio-Circular del INSS 2530/1981, de 20 de enero, para los delineantes; Oficio-Circular del INSS 37164/1981, de 2 de noviembre, sobre los decoradores; y Resolución de la DGRJSS de 22 de enero de 1987, sobre los administradores de fincas urbanas; en general, vid. A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 83-84.

²⁴⁴ La STS de 28-1-1999 (Ar. 1112) entendió que no era obligatoria el alta en el RETA de un administrador de fincas que venía ejerciendo esa actividad desde 1981 por no haberse producido solicitud de los órganos de gobierno del Colegio Profesional, ya que a juicio del TS aceptar la inclusión obligatoria en el RETA sin previa petición colectiva «es prolongar los principios impositivos del anterior sistema» (FJ 2º).

²⁴⁵ Vid. SSTS de 16-9-1988 (Ar. 6907) y de 21-3-2001 (Ar. 3400).

²⁴⁶ La doctrina ha calificado la inclusión de «ilegal»; vid. J. MONTALVO CORREA, "Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 261; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 371-373.

²⁴⁷ En general, vid. J.I. TEJERINA ALONSO, *El acceso a la Seguridad Social de los agentes y subagentes de seguros*, RSS, nº 41, 1989, pp. 93 y ss.

²⁴⁸ Vid. STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14-2-2000 (AS 1501).

²⁴⁹ BOE de 9 de noviembre.

²⁵⁰ Vid. SSTS de 26-7-1991 (Ar. 6839) y de 22-12-1992 (Ar. 10354). En ellas el TS admitió la pluriactividad de los farmacéuticos titulares de los servicios sanitarios locales con oficina de farmacia abierta al público.

noviembre²⁵¹, tomó idéntica medida respecto de los agentes de la propiedad inmobiliaria²⁵².

La incorporación aluvional, pero incesante, de profesiones concretas no satisfacía las aspiraciones de expansión del Sistema público de Seguridad Social, pues la mayor parte de profesionales colegiados permanecían amparados por las mutualidades ligadas a su colegio, o sin protección alguna, debido a que en algunos casos la mutualidad correspondiente era de afiliación voluntaria y el profesional colegiado podía incluso optar por no proceder a la afiliación. La Ley de Colegios Profesionales –Ley 2/1974, de 13 de febrero- no se ocupó de la protección social de los profesionales colegiados; y la LGSS 1974 ratificó la situación descrita, porque estaba «atada [...] por la norma concreta y precisa de la Ley de Bases habilitante»²⁵³. La Constitución de 1978, por un lado, no proscribía la colegiación obligatoria²⁵⁴ y, por otro, encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un Sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, aunque concede libertad respecto de la asistencia y prestaciones complementarias²⁵⁵.

La incorporación del grueso de los profesionales liberales a la Seguridad Social es relativamente reciente; el primer hito lo constituye el RD 2504/1980, de 24 de octubre²⁵⁶. Esta norma trae causa del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, que suprimió la necesidad de encuadramiento sindical, lo que parecía garantizar el acceso de los profesionales liberales al Sistema. Sin embargo, el alta de los profesionales colegiados en el RETA tras el RD 2504/1980 no tenía lugar de forma directa e individual, sino «a solicitud de los órganos superiores (del Colegio Profesional) mediante Orden Ministerial», que debía comprender a todos los colegiados²⁵⁷.

²⁵¹ BOE de 7 de diciembre.

²⁵² Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARLER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 78 y ss.

²⁵³ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, “Profesionales titulados y Seguridad Social pública”, en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 561.

²⁵⁴ Vid. SSTC 89/1989, de 11 de mayo, y 35/1993, de 8 de febrero.

²⁵⁵ Cfr. M. ALONSO OLEA, “Las mutualidades de previsión social (arts. 16 a 21)”, en E. VERDERA Y TUELLS (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1988, pág. 492.

²⁵⁶ BOE de 18 de noviembre.

²⁵⁷ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pág. 151.

La petición del colegio profesional era un requisito insoslayable²⁵⁸; de ahí que no se aceptase la solicitud individual del profesional cuyo colegio no había instado la preceptiva inclusión en el RETA, como dejó sentado la STC 68/1982, de 22 de noviembre. En ella, el TC admitió la constitucionalidad de supeditar el ingreso en la Seguridad Social a la manifestación de la «voluntad del conjunto expresada democráticamente (art. 36 Constitución) que constituye el presupuesto que legitima la incorporación colectiva y obligatoria; pues como hemos dicho, la naturaleza del Sistema de la Seguridad Social exige que la sujeción sea obligatoria y colectiva, ya que, en otro caso, de admitirse la inclusión individual, se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos»²⁵⁹.

A pesar de ello, el RD 2504/1980 consagró por primera vez, y ya de forma definitiva, que potencialmente todos los profesionales liberales pueden acceder al Sistema de Seguridad Social. Su inclusión o exclusión dependería a partir de entonces del cumplimiento de una serie requisitos, pero se eliminaron las prohibiciones legales preexistentes para que algunos profesionales libres quedaran comprendidos en el Sistema²⁶⁰. Varias matizaciones son importantes para completar este panorama. En primer lugar, aquellos profesionales cuya colegiación no fuese preceptiva para el ejercicio de su actividad profesional venían obligados a darse de alta en el RETA desde el primer día del mes siguiente al que se iniciaba la actividad, debiendo solicitar individualmente la incorporación; en segundo, si el colegiado desempeñaba otra actividad, por cuenta propia o ajena, incluida en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, debía proceder al alta en el Régimen General o en el especial correspondiente, sin perjuicio de posibles situaciones de pluriactividad²⁶¹ o desempeño múltiple de actividades por cuenta propia²⁶²; por último, la desaparición de la

²⁵⁸ Vid. Resolución de la DGOJECSS de 23 de abril de 1996, publicada en *Tribuna Social*, nº 67, 1996, pág. 78, en la que se deniega la inclusión de los Doctores Ingenieros Industriales de Valencia, Alicante, Castellón y Albacete por falta de solicitud de su colegio profesional.

²⁵⁹ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Estructura del Sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos*, RL, nº 17, 1995, pág. 6.

²⁶⁰ Vid. J.M. ORDEIG FOS, *El sistema español de Seguridad Social*, Tercera Edición, EDERSA, Madrid, 1988, pp. 516-517.

²⁶¹ Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *La realización de actividad profesional como elemento determinante para la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social. Algunas consideraciones desde la perspectiva de la contributividad*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004, pp. 60 y ss.

²⁶² La concurrencia de una actividad por cuenta propia con otra, por cuenta ajena o propia, no es una situación de pluriempleo, que se limita a actividades por cuenta ajena susceptibles de inclusión en el mismo régimen de Seguridad Social, según el art. 7.4.2º RD 84/1996. En principio, no hay una situación de pluriempleo para los trabajadores autónomos, pues si éstos desarrollan varias actividades por cuenta propia susceptibles de alta en el mismo régimen sólo tendrán derecho a acceder al Sistema por una de ellas -la que voluntariamente elijan o la que tenga establecido el epígrafe de cotización más alto cuando

Organización Sindical no provocó que los pertenecientes a un Colegio Profesional Sindical hubieran de seguir los trámites del Decreto 2504/1980, sino que al estar ya incorporados al RETA permanecieron en esa situación tras la conversión de su colegio sindical en un colegio profesional ordinario, por lo que la Orden de 9 de marzo de 1990 relativa a la inclusión de los ópticos en el RETA tiene un valor meramente declarativo²⁶³.

El RD 2504/1980 posibilitó el ingreso en el RETA de muchos profesionales liberales²⁶⁴, incluso por la vía de resoluciones administrativas pretendidamente interpretativas²⁶⁵. Las mutualidades de estos colectivos integrados en el RETA subsistieron en su mayor parte, pero se convirtieron en instituciones voluntarias de previsión social complementaria. Por el contrario, las mutualidades vinculadas a colegios profesionales que no solicitaron la integración colectiva en el RETA seguían siendo la única vía de protección contra riesgos sociales para los colegiados, aunque la afiliación a dichas mutualidades no era obligatoria en todos los casos²⁶⁶. La situación parecía contar con vocación coyuntural, en atención a la -más pretendida que real- crisis

hayan optado por la cobertura de las contingencias profesionales (art. 47.3 RD 84/1996)-, porque el alta como autónomo es única y exclusiva; vid. STS (Cont-Adv.) de 15-3-1996 (Ar. 2437). No obstante, cabe pensar en supuestos de pluriactividad por el desarrollo de dos actividades por cuenta propia encuadradas en diferentes regímenes, aunque con la dificultad que supone que una de ellas deba convertirse en el medio fundamental de vida del trabajador (sea agrícola o del mar) y la otra realizarse con carácter habitual; vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, "Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales", en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 49 y ss.

²⁶³ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 427-428.

²⁶⁴ En orden cronológico, los economistas (Orden de 17 de julio de 1981); los odontólogos y estomatólogos (Orden de 25 de septiembre de 1981); los veterinarios (Orden de 3 de octubre de 1981); los agentes y comisionistas de aduanas (Orden de 7 de octubre de 1981); los agentes de la propiedad industrial (Orden de 20 de octubre de 1981); los titulados mercantiles (Orden de 18 de diciembre de 1981); los ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas (Orden de 1 de abril de 1982); los censores jurados de cuentas (Orden de 13 de abril de 1982); los diplomados en Trabajo Social y asistentes sociales (Orden de 29 de julio de 1987); los doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (Orden de 27 de octubre de 1988); los doctores y licenciados en Ciencias Físicas (Orden de 13 de febrero de 1989); los capitanes, jefes y oficiales de la marina mercante (Orden de 6 de abril de 1989); y los ingenieros agrónomos (Orden de 11 de marzo de 1993).

²⁶⁵ Vendedores de prensa (Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 27 de diciembre de 1984, incorporada al Oficio-Circular del INSS 32/1985, de 27 de marzo); agentes comerciales por cuenta propia (Resolución de 12 de marzo de 1986 y Circular de la TGSS núm. 2-016, de 27-5-1986); receptores de apuestas deportivas del Estado (Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 26 de mayo de 1986); profesores de autoescuela titulares de la misma (Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 27 de diciembre de 1985 y Circular de la TGSS núm. 2-021, de 14-7-1986); o Administradores de Loterías por cuenta propia (Resolución de 6 de julio de 1987 y Circular de la TGSS núm. 3-027, de 7 de agosto de 1987). Pueden consultarse en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

²⁶⁶ En consecuencia, no podía imponerse sanción alguna por la no incorporación del profesional colegiado al RETA, en la medida que tal obligación no surgía mientras no se procediese a la integración colectiva; vid. STS (Cont-Adv.) de 21-7-1986 (Ar. 5538).

de las mutualidades de previsión social²⁶⁷ (sometidas desde 1984 a la Ley del Seguro Privado²⁶⁸); a las deficiencias estructurales de las mismas, centradas en las grandes desigualdades de protección en función de la importancia del colegio²⁶⁹; y, en suma, a la legítima opción política de posponer «la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo colegio profesional»²⁷⁰. La voluntad de integrar a los profesionales liberales en el Sistema de Seguridad Social subyacía en la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984²⁷¹ y en el Reglamento de Entidades de Previsión Social de 1985²⁷²; en su virtud, las mutualidades de previsión social cuyos colectivos no estuviesen incluidos en el campo de aplicación del Sistema debían conservar su régimen de encuadramiento en tanto no se llevase a término el ingreso de esos profesionales en el Sistema público²⁷³.

En ese contexto, la DA 15ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, ofreció dos posibilidades para la incorporación al Sistema: ya el ingreso en el RETA, ya la afiliación a la mutualidad que designase el colegio respectivo, siempre que ésta hubiera adaptado sus estatutos en los términos de la DT 5ª Ley 30/1995, adaptación para la que se concedía un plazo de cinco años y que implicaba transformar en voluntaria la afiliación a la mutualidad cuando fuera menester. A pesar de la literalidad de la norma, la opción por la mutualidad suponía la exclusión del Sistema de Seguridad Social, entre otros problemas²⁷⁴.

La DA 15ª Ley 30/1995 fue reescrita por el art. 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo un complejo sistema de excepciones a una regla general que en la práctica ha perdido peso específico y que doctrinalmente ha originado abundante literatura jurídica. La

²⁶⁷ Vid. A. RODRÍGUEZ MOLERO, *¿Crisis de las mutualidades de previsión social?*, AL, nº 10, 1990, pp. 127-128.

²⁶⁸ Vid. A. GUARDIOLA LOZANO, *La Ley de 2 de agosto de 1984 sobre ordenación del seguro privado: una nueva etapa del mutualismo de previsión social*, Revista Española de Seguros, nº 41, 1985, pp. 71 y ss.

²⁶⁹ Vid. L. ENRIQUE DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 208.

²⁷⁰ Cfr. F. MANRIQUE LÓPEZ, *La Seguridad Social de las profesiones liberales*, La Ley, nº 2, 1984, pág. 1065.

²⁷¹ Ley 33/1984, de 2 de agosto, norma que derogó a la Ley de Mutualidades de 1941.

²⁷² Aprobado por RD 2615/1985, de 4 diciembre, hoy derogado por el RD 1430/2002, de 27 de diciembre.

²⁷³ Vid. M. ALONSO OLEA, "Las mutualidades de previsión social (arts. 16 a 21)", en E. VERDERA Y TUELLS (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1988, pp. 489 y ss.

²⁷⁴ Vid. R.M. PORTUGAL BARRIUSO, *Afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia incorporados a un colegio profesional*, Relaciones Laborales, nº 14, 1997, pp. 24-25; A.J. PIÑERO DE LA FUENTE, *La vinculación a la Seguridad Social de los «colegiados profesionales»*

modificación asume los criterios interpretativos de la Administración²⁷⁵, recogidos en una Resolución de la DGOJECSS de 23 de febrero de 1996²⁷⁶, que quizá se había extralimitado²⁷⁷. La DA 15ª Ley 30/1995 continúa vigente, pues el nuevo Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados no ha procedido a su derogación²⁷⁸, y su ámbito de aplicación comprende a los profesionales liberales que para el ejercicio de su actividad requieren adscribirse obligatoriamente a un Colegio Profesional y no están ya incluidos en el RETA²⁷⁹. Por supuesto, los profesionales liberales que puedan ejercer su actividad sin estar colegiados y los colegiados que ejerzan su actividad como trabajadores asalariados están obligatoriamente incluidos en el Sistema.

La DA 15ª Ley 30/1995 concede a esos profesionales liberales -y no a su colegio,^h porque la decisión es individual²⁸⁰ - un derecho de opción entre incorporarse al RETA o permanecer fuera del Sistema amparados por la mutualidad de previsión social adscrita a su colegio, que en todo caso debe tener carácter voluntario [art. 64.3.e) Real

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, RL nº 11, 1996, pág. 74.

²⁷⁵ Se produce así la «legalización de una resolución administrativa»; cfr. J.R. MERCADER UGUINA, *Uso y abuso de las leyes de acompañamiento (I)*, RL, nº 5, 1999, pág. 104.

²⁷⁶ Puede consultarse en Tribuna Social, nº 64, 1996, pp. 102 y ss. La Resolución de la TGSS de 11 de junio de 1996, publicada en Tribuna Social, nº 68-69, 1996, pp. 63 y ss. dicta instrucciones aclaratorias.

²⁷⁷ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, nº 21, 1997, pp. 45-47; F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 66-68; L.M. ÁVALOS MUÑOZ, *Las mutualidades de previsión social en la nueva Ley de Seguros*, Noticias de la Unión Europea, nº 139-140, 1996, pág. 47; L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *Nueva perspectiva de las Mutualidades de Previsión Social*, Noticias de la Unión Europea, nº 139-140, 1996, pp. 35-37; M. MOLINA GARCÍA, *La afiliación al Sistema de la Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados*, AL, nº 47, 1996, pp. 917 y ss.

²⁷⁸ Disposición Derogatoria Única, apartado a), punto 8º del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

²⁷⁹ El mecanismo previsto en el art. 3 Decreto 2530/1970 permanece vigente y operativo. El hecho de que se haya reconocido una opción a título individual no implica necesariamente la postergación absoluta de la autonomía colectiva. La DA 15ª Ley 30/1995 parece abrir una vía complementaria, prioritaria si se quiere, a la tradicional, pero en modo alguno excluyente e incompatible. La interpretación debe partir de la preferencia por la inclusión en el Sistema y de la subsiguiente excepcionalidad de la pertenencia a la mutualidad. El art. 64.3.e) Real Decreto Legislativo 6/2004 concede al colegiado un derecho de oposición frente a un acuerdo de incorporación colectiva, pero significativamente ese precepto se refiere a la incorporación a una mutualidad, que es a lo que puede oponerse el colegiado, y no al ingreso en el RETA. La universalidad subjetiva hacia la que debe tender el Sistema se configura como principio rector de la política social y económica, por su reconocimiento explícito en el art. 41 CE, y es razonable suponer que el legislador, con ese propósito, ha preferido instaurar diferentes posibilidades de acceso al Sistema y no eliminar alguna de las existentes, sobre todo aquéllas que en teoría podrían dar lugar a una integración más veloz de los afectados; en contra, vid. P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 57.

²⁸⁰ Vid. STS de 25-1-2000 (Ar. 657).

Decreto Legislativo 6/2004]²⁸¹ para no vulnerar la prohibición de inclusión múltiple obligatoria del art. 8.1 LGSS²⁸². No se exige que las mutualidades que actúan como alternativa al Sistema dispensen una acción protectora equivalente a la del RETA, a pesar de que técnicamente constituye la solución más razonable; el problema se planteó en el debate parlamentario -las enmiendas en tal sentido no prosperaron-, y también fue sugerido por el CES²⁸³, pero la norma no lo incluyó porque impediría en la práctica que esas mutualidades actuaran como alternativa²⁸⁴.

A tenor de la DA 15ª Ley 30/1995, la inclusión obligatoria en el Sistema o la concesión del derecho de opción entre el RETA y la mutualidad depende de tres parámetros: en primer lugar, el momento de inicio de la actividad (y no el de colegiación, porque la mera colegiación no permite el acceso al Sistema²⁸⁵ y ambos momentos pueden no coincidir, como en el caso de los colegiados no ejercientes²⁸⁶); en segundo, la fecha en que la mutualidad de previsión social comenzó a operar como entidad vinculada al colegio; y, por último, el carácter voluntario u obligatorio de la incorporación a la mutualidad con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. La combinación de esas tres circunstancias determina la obligación de ingreso del colectivo en el RETA, o bien la concesión de un derecho de opción al profesional entre el RETA y la mutualidad de previsión social, teniendo en cuenta que si se desarrollan simultáneamente varias actividades sujetas a colegiación obligatoria sería necesario

²⁸¹ Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria habían admitido la constitución de mutualidades de previsión social con carácter obligatorio; vid. STC 244/1991, de 16 de diciembre, y SSTS (Cont-Adv.) de 15-7-1988 y 18-7-1992 (Ar. 5902 y Ar. 6476).

²⁸² El período transitorio concedido para la conversión de las mutualidades obligatorias en voluntarias concluyó el 10 de noviembre de 2000, a los cinco años de la entrada en vigor de la Ley 30/1995. El derecho de opción no pudo ejercitarse hasta que la mutualidad se convirtió en voluntaria; vid. SSTSJ de Cantabria de 26-12-2003 (AS 1935) y de 17-7-2002 (JUR 261668) y Resolución de la TGSS de 18 de noviembre de 1999, publicada en Tribuna Social, nº 108, 1999, pp. 77-78.

²⁸³ Vid. Dictamen 7/98, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sesión ordinaria del Pleno de 30 de septiembre, pág. 47. Puede consultarse en la siguiente dirección web: <http://www.ces.es/dictamenes/1998/dic00798.pdf>.

²⁸⁴ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía*, AS, nº 1, 2000, pág. 20; F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 67-68; J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Régimen actual de la incorporación obligatoria a las Mutualidades Generales de Previsión Social*, Revista General de Derecho, nº 622-623, 1996, pp. 8616-8617.

²⁸⁵ Ni es incompatible con la protección por desempleo; vid. STS de 12-7-2004 (Ar. 7635), Resolución de la TGSS de 27 de septiembre de 1996, publicada en Tribuna Social, nº 71, 1996, pp. 79-80, y Resolución de la DGOSS de 3 de mayo de 2000, publicada en Tribuna Social, nº 115, 2000, pág. 90.

²⁸⁶ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los profesionales liberales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Carta Laboral, nº 33, 2000, pág. 6.

aplicar ese régimen jurídico a cada actividad, y extraer las oportunas e individualizadas consecuencias²⁸⁷.

Como regla general, la DA 15ª Ley 30/1995 parte de la primacía del Sistema de Seguridad Social, declarando que el ejercicio de una actividad por cuenta propia en los términos del Decreto 2530/1970 debe conllevar, incluso para los profesionales colegiados, la incorporación al Sistema mediante el alta en el RETA. Pero a continuación se prevén una serie de excepciones que desvirtúan la eficacia de esa regla general, cuyo radio de acción práctico resulta más limitado de lo que a primera vista cabría suponer, para evitar la frontal oposición de los afectados.

La DA 15ª Ley 30/1995 contempla dos excepciones principales a la regla general, una que atiende a la tradición de la mutualidad y otra dirigida a respetar la voluntad de los profesionales colegiados afiliados a una mutualidad con carácter previo a la entrada en vigor de esa norma. La primera de esas excepciones se contiene en el tercer párrafo del apartado 1 DA 15ª Ley 30/1995, y permite que se configuren como alternativa al Sistema de Seguridad Social –que no como entidades sustitutorias, porque éstas requerían declaración ministerial expresa²⁸⁸ y se encargaban de gestionar prestaciones del propio Sistema en sustitución de las Entidades Gestoras, de ahí su denominación²⁸⁹- las mutualidades de previsión social vinculadas a colegios

²⁸⁷ Vid. STSJ de Cantabria de 15-7-2002 (JUR 261488), que resuelve el supuesto de un profesional en ejercicio de la abogacía que también operaba de forma personal, habitual y directa como agente de seguros.

²⁸⁸ Vid. STS (Cont-Adv.) de 17-7-1998 (Ar. 6779).

²⁸⁹ Esas entidades se han integrado paulatinamente en el Sistema; a saber: la Mutualidad de Funcionarios de la Obra de Protección de Menores (RD 232/1980), la Mutualidad de la Previsión (RD 1220/1984 y OM de 4-7-1984); la Caja de Pensiones de Personal del Banco de Crédito Local de España, la Caja de Pensiones del Banco Hipotecario de España y la Mutualidad de Previsión Social del Banco de Crédito a la Construcción y la Caja de Pensiones de Empleados del Banco de España (OM –dos- de 12-2-1986, desarrolladas por OM de 4-3-1986); los Mozos Arrumbadores de Aduanas, el personal del Servicio de Vigilancia Aduanera, el Montepío del Personal de la Mancomunidad de los Canales de Taibilla y el Montepío de Previsión Social para Empleados y Obreros de Puertos (OM –cuatro- de 29-5-1987); la Caja de Pensiones del Servicio Nacional de Cultivo y Fermentación del Tabaco y el personal de la Organización de Trabajos Portuarios (OM –dos- de 29-7-1987); por OM de 31-7-1987 quedaron integrados quienes vinieran percibiendo acción protectora a través de «Tabacalera, SA.» y «Caja de Pensiones de Tabacalera, SA.»; la OM de 20-4-1990 integró la Mutualidad de Previsión Social de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España y su Consejo Superior; la OM de 25-3-1991 procede a la integración de la Caja de Previsión Social de la Organización Nacional de Ciegos; por OM de 30-12-1991 se integra la Institución Telefónica de Previsión Social; por OM de 27-10-1992 se integra el personal de «Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, Sociedad Anónima»; el RD 480/1993 y la OM de 7-4-1993 integraron la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local; la OM de 21-2-1996 hizo lo propio con la Mutualidad de Empleados de Notarías; y la DA 2ª Ley 50/1998 autorizó al Gobierno a integrar al personal de la Administración de la Comunidad Foral y de las Entidades Locales de Navarra excluido de la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local. Más extensamente, J.A. PANIZO ROBLES, *El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pp. 153-156; M. ARETA MARTÍNEZ, “Disposición Transitoria 8ª” y “Disposición Transitoria 9ª”, en A.V.

profesionales que a la entrada en vigor de la Ley 30/1995 fuesen de adscripción obligatoria para los colegiados. En este punto la Administración adoptó una interpretación flexible, entendiendo cumplido el requisito «no sólo si la obligatoriedad de adscripción a la correspondiente mutualidad de previsión social se hubiera producido hasta el día inmediatamente anterior al citado límite temporal, sino en cualquier época anterior a la misma»²⁹⁰.

Ello implica, a efectos prácticos, la concesión de un derecho de opción individual a cada profesional cuyo colegio contase con mutualidad obligatoria antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 o de su modificación. El derecho de opción corresponde a todos los profesionales colegiados, con independencia de cuándo hayan comenzado su actividad, aunque las condiciones de ejercicio se ven mediatizadas por esa circunstancia. La DA 15ª Ley 30/1995, en el segundo párrafo de su apartado 2, establece una precisión referida a quienes comenzaron su actividad antes del 10 de noviembre de 1995 y estaban afiliados a una mutualidad de previsión social obligatoria. El precepto legal concede la posibilidad de «permanecer» en la mutualidad, o bien optar por la incorporación al RETA, si bien el ejercicio de ese derecho de opción se supedita a la culminación del proceso de adaptación de la mutualidad en los términos de la DT 5ª de la propia Ley 30/1995 (que tenía fijado como límite el 10 de noviembre 2000, como ya se dijo), sin olvidar que la DA 15ª reconoce la validez de la opción ejercitada conforme al ya derogado último párrafo del apartado 3 DT 5ª Ley 30/1995²⁹¹ -al que de forma un tanto extraña, precisamente por derogado, remite la DA 15ª Ley 30/1995-²⁹² en los supuestos de adaptación anterior al 1 de enero de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 50/1998.

En caso de mutualidad tradicionalmente obligatoria, el derecho de opción corresponde también a los profesionales colegiados que iniciaron su actividad a partir de

SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 1410 y ss.; F. SALVADOR PÉREZ y C. BLASCO RASERO, “Disposición Transitoria 8ª”, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 1689 y ss.; M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 416-417; C. MOLINA NAVARRETE, “Disposición Transitoria 8ª”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 2066 y ss.; C. NAVARRO CASTILLO, *La integración en la Seguridad Social de las entidades sustitutorias y de las cajas y mutualidades de empresa*, RSS, nº 43-44, 1989, pp. 136 y ss.

²⁹⁰ Cfr. Circular nº 3-016, de 7 de mayo de 1999, pág. 4.

²⁹¹ Sobre el alcance de este apartado, vid. F.J. MALDONADO MOLINA, *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 56 y ss.

²⁹² Como puso de manifiesto el CES, esa remisión «no se entiende»; cfr. Dictamen 7/98, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sesión ordinaria del Pleno

la entrada en vigor de la Ley 30/1995²⁹³. Evidentemente, esa opción no podía consistir en «permanecer» en la mutualidad, pues se trataría de un colectivo de nuevo ingreso. Lo que está en juego no es un cambio de instrumento de previsión social, sino la elección inicial del mecanismo de protección. El hecho de que la mutualidad tuviera carácter obligatorio en algún momento, y que por ello se pueda configurar como alternativa al Sistema, permite a estos profesionales decidir si prefieren iniciar su actividad encuadrados en el RETA o bien en la mutualidad que tenga establecida su colegio profesional. En caso de que el profesional, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad (DA 15ª, apartado 1, párrafo 3, Ley 30/1995)²⁹⁴.

La segunda de las excepciones a la regla general de incorporación al RETA, contenida en el apartado 2 DA 15ª Ley 30/1995, concede un derecho de opción a los profesionales liberales de obligatoria colegiación que comenzaron a desempeñar su actividad antes del 10 de noviembre de 1995, cuyo colegio contaba con una mutualidad de previsión social de carácter voluntario en esa fecha —o en mejor expresión, que nunca se configuró como obligatoria— y que lógicamente no hayan sido incluidos ya en el RETA. Claro está, si el ejercicio de la actividad se hubiera iniciado con posterioridad procedería el alta en el RETA conforme a la regla general, y si la mutualidad vinculada al colegio hubiera tenido carácter obligatorio el derecho de opción nacería conforme a la primera de las excepciones señaladas. En consecuencia, este apartado 2 DA 15ª Ley 30/1995 asume las reivindicaciones de los profesionales colegiados que llevan ejerciendo su actividad cierto tiempo y han permanecido al margen del Sistema de Seguridad Social, pues la incorporación obligatoria al RETA podría generar para ellos consecuencias muy perjudiciales, ya que sus aportaciones no son objeto de totalización con las cotizaciones abonadas al Sistema (sólo procede esa totalización en supuestos de verdadera integración de entidades sustitutorias).

de 30 de septiembre, pág. 47. Puede consultarse en la siguiente dirección web: <http://www.ces.es/dictámenes/1998/dic00798.pdf>.

²⁹³ En relación con los posibles efectos retroactivos de las altas en el RETA de médicos colegiados con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 que iniciaron su actividad después de esa fecha, vid. Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 3 de mayo de 2000, publicada en Tribuna Social, nº 115, 2000, pág. 90.

²⁹⁴ El plazo de ejercicio del derecho de opción no viene fijado en la norma, y la jurisprudencia menor ha rechazado la aplicación del plazo de treinta días previsto por la DT 2ª RD 84/1996 para acceder al RETA, al que podría recurrirse por analogía, estimando que si la Ley 30/1995 no contempla limitación temporal el profesional colegiado ha podido decidir su incorporación al RETA en cualquier momento posterior a la conversión de la mutualidad en voluntaria; vid. SSTSJ de Castilla/León (Valladolid) de 24-4-2002 (AS 1591) y de Asturias de 25-7-2003 (AS 4027).

En una exégesis literal, el precepto se dirige tanto a quienes venían amparados por una mutualidad de adscripción voluntaria, como a quienes carecían por completo de protección, en la medida que sólo exige el ejercicio de la actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y que el colegio no tuviera establecida una mutualidad obligatoria, requisito éste que incluye las dos situaciones citadas. En este último supuesto cabría entender, como así lo ha hecho la Administración²⁹⁵ y algún Tribunal²⁹⁶, que el profesional colegiado pudo ejercitar durante 1999 su derecho de opción para acceder al RETA o, en su defecto, permanecer excluido de cualquier mecanismo de previsión social, merced a una interpretación literal del precepto («por una sola vez y durante 1999»). Sin embargo, en atención a los antecedentes legislativos y, en suma, por la adopción de una exégesis teleológica, el derecho de opción únicamente puede entrar en juego cuando cualquiera que sea la decisión se garantiza un mínimo nivel de protección²⁹⁷. La redacción original de la DA 15ª Ley 30/1995 parecía más contundente, al requerir que el profesional colegiado estuviera protegido contra riesgos sociales en todo caso, bien a través del RETA, bien a través de una mutualidad. Esa misma finalidad se mantiene en la DA 15ª tras la Ley 50/1998, norma que únicamente pretendió poner fin a las controversias derivadas de la aplicación de una previsión legal cuya simplicidad le restaba eficacia práctica²⁹⁸.

El hecho de que la Ley 30/1995, en este punto, no haya impuesto expresamente su aplicación retroactiva plantea dificultades respecto de quienes comenzaron a ejercer su actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. Sin embargo, su propósito, su propia razón de ser, consiste en que todo profesional colegiado esté incluido en un mecanismo de protección de riesgos sociales, preferiblemente el RETA. Es cierto que la DA 15ª Ley 30/1995, en su redacción inicial, limitaba su aplicación a los profesionales «que se colegien», de lo que se podía inferir una mera eficacia hacia el futuro, con mantenimiento en bloque de la situación existente a su entrada en vigor; pero la DT 5ª, apartado 3, Ley 30/1995 dejaba claro que tras un período transitorio también se generaba derecho de opción para quienes comenzaron a ejercer su actividad

²⁹⁵ Vid. Circular nº 3-016, de 7 de mayo de 1999, pág. 1.

²⁹⁶ Vid. SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24-3-2003 (JUR 273803), de Valencia de 28-2-2003 (JUR 216669).

²⁹⁷ En contra, vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los profesionales liberales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Carta Laboral, nº 33, 2000, pág. 18; F.J. MALDONADO MOLINA, "La previsión social de los profesionales liberales: papel que corresponde a sus mutualidades tras la LOSSP", en AA.VV. *Estudios y comentarios sobre la LOSSP*, Mapfre, Madrid, 1997, pág. 233.

²⁹⁸ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía*, AS, nº 1, 2000, pág. 17.

con anterioridad. No se contempla por tanto la exclusión del Sistema de Seguridad Social si ello supone el más completo desamparo.

El derecho de opción supone una doble excepción a las reglas generales, porque, en primer lugar, un instrumento privado relega al Sistema público y, en segundo, se desmarca de la obligatoriedad de la inclusión, uno de los caracteres más sobresalientes del Sistema de Seguridad Social, concediendo una eficacia singular a la autonomía de la voluntad en un ámbito tan publicificado como éste, en el que la opinión del sujeto acerca de su incorporación o no resulta habitualmente ignorada²⁹⁹. Como tal excepción, es imprescindible una interpretación restrictiva del derecho de opción, en cuya virtud el Sistema de Seguridad Social se convierta en mecanismo preferente y subsidiario de protección social. Preferente porque la regla general es el alta en el RETA, y sólo la concurrencia de alguno de los supuestos excepcionales y la voluntad del profesional colegiado, plasmada en el ejercicio del derecho de opción, desvirtuarán esa regla general; y subsidiario porque el abandono de la mutualidad, o simplemente la no pertenencia a ninguna, implica —o debería implicar— el nacimiento de la obligación de alta en el RETA, que funciona de esta forma como último recurso para evitar el completo desamparo de un colectivo de auténticos trabajadores por cuenta propia.

Por consiguiente, el profesional colegiado que haya ejercitado el derecho de opción a favor de la mutualidad puede modificar el sentido de esa opción en cualquier momento. Por el contrario, la DA 15ª Ley 30/1995 no admite en ningún caso un eventual “arrepentimiento” del profesional colegiado que en legítimo ejercicio de su derecho de opción ha renunciado a la mutualidad y ha preferido incorporarse al Sistema. A tenor de la regulación legal cabe afirmar que el tránsito del mutualismo al Sistema de Seguridad Social se configura como una vía unidireccional sin retorno, y que la elección inicial del RETA constituye una decisión irrevocable. Ello no obsta, claro está, que sea posible el mantenimiento de un doble vínculo, pues, como ha señalado la jurisprudencia, el alta en el RETA no impide la permanencia o posterior afiliación a una mutualidad de previsión social³⁰⁰, porque esos instrumentos no están diseñados como

²⁹⁹ Vid. A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de «desajustes»*, RL, nº 7-8, 2000, pp. 198 y ss.

³⁰⁰ Vid. STS (Social) de 25-1-2000 (Ar. 657) y STS (Cont-Adv.) de 22-6-2004 (Ar. 3959).

una disyuntiva irreconciliable, sino que las mutualidades se configuran como una manifestación de la previsión social complementaria³⁰¹.

6- La particularidad del trabajo en cooperativas

Los trabajadores no socios al servicio de una cooperativa que reúnan las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución quedan incluidos en el Sistema de Seguridad Social como auténticos trabajadores asalariados³⁰². Sin embargo, los socios trabajadores de cooperativas, como empresa de participación o integrante de la denominada economía social³⁰³, y en especial los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, plantean una problemática singular, habida cuenta de que su actividad presenta paralelismos tanto con el trabajo por cuenta ajena como con el trabajo por cuenta propia, aunque está más cerca de este último³⁰⁴ por la naturaleza societaria de la relación (art. 80.1 *in fine* de la Ley 27/1999)³⁰⁵. Resultan, a la postre, un híbrido, y precisamente por ello se han suscitado dudas respecto de su inclusión en el Sistema de Seguridad Social y, sobre todo, en relación con su encuadramiento. No en vano, se ha llegado a afirmar que la situación de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado respecto de la Seguridad Social constituye «la manifestación normativa más diáfana del desorden que reina en torno a esta figura»³⁰⁶.

Aunque las cooperativas nacen en el siglo XIX³⁰⁷, el punto de partida de la previsión social de sus socios se puede situar en la década de los cuarenta del pasado

³⁰¹ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (a propósito de la STS de 25 de enero de 2000)*, RTSS (CEF), nº 208, 2000, pp. 137-139; E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *La doble función de las mutuas de colegios profesionales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004*, RGDTSS (iustel), nº 7, www.iustel.com; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La protección social de los abogados: ¿RETA o mutualidad del colegio profesional? (a propósito de la nulidad del art. 17.2.2.º RD 1430/2002)*, RTSS (CEF), nº 267, 2005, pp. 70-72.

³⁰² Vid. A. MONTOYA MELGAR, "Sobre el socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 141-144; F. ALONSO SOTO, *Las relaciones laborales en las cooperativas en España*, REDT, nº 20, 1984, pp. 532 y ss.

³⁰³ Ampliamente, vid. R. MORENO RUIZ, *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*, CES, Madrid, 2000, pág. 19; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado*, REDT, nº 1, 1980, pp. 71 y ss.

³⁰⁴ Vid. F.J. HIERRO HIERRO, *Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado*, AS, nº 20, 2004, pp. 49 y ss.

³⁰⁵ Vid. J. LUJÁN ALCARÁZ, *El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, AS, nº 10, 1999, pp. 11-15.

³⁰⁶ Cfr. K.M. SANTIAGO REDONDO, *Socio de cooperativa y relación laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1998, pág. 29.

³⁰⁷ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Las cooperativas de producción*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 43-61.

siglo³⁰⁸. En particular, la Orden de 17 de junio de 1947³⁰⁹ pretendió resolver las dudas generadas por el concepto de trabajador ofrecido en una Ley de 2 de enero de 1942, pero en realidad inició una «tortuosa sucesión normativa» sobre la protección social de los socios de cooperativas³¹⁰. A tenor de esa Orden de 1947, quienes prestaban su trabajo o realizaban una obra o servicio para una cooperativa –con independencia del tipo concreto de cooperativa–, fuesen o no socios de la misma, merecían el calificativo de trabajadores por cuenta ajena, y debían disfrutar en consecuencia de todos los «beneficios establecidos o que se establezcan por la legislación social para sus respectivas actividades profesionales» (art. 1).

Una Orden de 10 de enero de 1948³¹¹ introdujo la primera excepción, en el sentido de excluir del concepto de trabajador asalariado a los socios de cooperativas de producción en las que «sean los socios cooperadores y únicamente éstos quienes presten sus servicios personales a la entidad a que pertenecen»³¹². La vigencia de esa Orden, que mereció contundentes reproches doctrinales³¹³, fue relativamente breve, ya que quedó derogada por otra Orden de 11 de junio de 1952³¹⁴, que restableció la situación existente tras la Orden de 1947³¹⁵. Los socios trabajadores de cooperativas debían estar amparados por los instrumentos de previsión social públicos instituidos para los trabajadores asalariados, lo que quedó ratificado con el Reglamento General del Mutualismo Laboral³¹⁶, que permitió el ingreso en el mutualismo de los socios cooperadores.

Como excepción, el Decreto de 22 de junio de 1956³¹⁷, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo, únicamente calificó como

³⁰⁸ Vid. L. PÉREZ CAPITÁN, *El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española*, CES, Madrid, 2005, pp. 116 y ss.

³⁰⁹ BOE de 23 de junio.

³¹⁰ Cfr. C. ORTIZ LALLANA, *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 105.

³¹¹ BOE de 18 de enero.

³¹² Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “La previsión social de los socios de cooperativas industriales”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas* Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 325.

³¹³ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Un régimen especial de seguridad social: el de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Producción*, RPS, nº 61, 1964, pp. 380-384.

³¹⁴ BOE de 22 de junio.

³¹⁵ El punto 3º de la Resolución de la Dirección General de Previsión de 24 de octubre de 1952 declaró que la Orden de 1948 sólo estaba derogada en lo que se opusiese a la de 1952, precisión desconcertante teniendo en cuenta que esta última derogó expresamente a aquélla, con lo que tal Resolución «es inoperante en este punto tercero»; cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “La previsión social de los socios de cooperativas industriales”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 329-330.

³¹⁶ Orden de 10 de septiembre de 1954 (BOE de 17 de septiembre).

³¹⁷ BOE de 17 de julio.

trabajadores por cuenta ajena a los socios de las cooperativas industriales, sin mención alguna a los socios de las restantes clases de cooperativas³¹⁸. Poco después, en esta línea de previsiones contradictorias, una Orden comunicada de 15 de diciembre de 1958 excluyó de los seguros sociales obligatorios y del Mutualismo Laboral a los socios de cooperativas industriales, que comenzaron a ser considerados como trabajadores autónomos; pero esta Orden comunicada no fue publicada, y por ello derivó ineficaz³¹⁹. No obstante, una Orden de 30 de junio de 1959 (BOE de 16 de julio) volvió a reiterar la exclusión de esos socios de los Seguros Sociales Unificados. Ninguna novedad reseñable se produjo, en cambio, respecto de los socios trabajadores del resto de cooperativas, que no encontraban trabas para su acceso a la previsión social³²⁰.

A pesar de que la Orden comunicada de 15 de diciembre de 1958 careció de eficacia, marcó probablemente un punto de inflexión, al catalogar por vez primera como trabajadores independientes a los socios de cooperativas industriales. En el mismo sentido, las Órdenes de 25 de marzo y de 7 de octubre de 1963³²¹ concedieron a tales socios, siempre que estuvieran integrados en el Mutualismo Laboral, la facultad de permanecer en la mutualidad a la que ya se hubiesen afiliado o de incorporarse a la mutualidad de trabajadores por cuenta propia correspondiente a su actividad. Los socios de nuevo ingreso en el Mutualismo, por su parte, debían afiliarse a la mutualidad de autónomos más adecuada a su profesión.

La inestabilidad normativa se explica por la dificultad de determinar la naturaleza jurídica de la actividad. Los socios trabajadores de cooperativas no son trabajadores asalariados, por más que el Derecho del Trabajo pueda irradiar ciertos

³¹⁸ Art. 9 del Reglamento para aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo. El Reglamento se recoge en el propio Decreto de 22 de junio de 1956, a continuación del Texto Refundido. Ese art. 9 también aludía a los vocales natos y electivos de las mutualidades laborales, a los que equiparaba por tanto a los trabajadores asalariados. Un Decreto de 20 de mayo de 1958 decidió excluir a este colectivo de la legislación de accidentes de trabajo, previsión que no afectaba a los socios trabajadores de cooperativas industriales. Sin embargo, algunas ediciones del Texto Refundido decidieron eliminar todo el párrafo correspondiente de ese artículo 9, lo que claramente suponía un exceso injustificado, pues los socios de cooperativas industriales estaban incluidos de pleno derecho en la legislación de accidentes de trabajo; vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Un régimen especial de seguridad social: el de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Producción*, RPS, nº 61, 1964, pág. 385.

³¹⁹ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "La previsión social de los socios de cooperativas industriales", en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 336-342

³²⁰ Vid. B. CERDÁ RICHART, *Régimen jurídico, tributario y de previsión social de las sociedades cooperativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pp. 45-57.

³²¹ BOEs de 11 de abril y 18 de noviembre respectivamente.

beneficios a este colectivo, ni tampoco en puridad trabajadores autónomos³²². Esta especial situación justificó que algunos países prefiriesen constituir un régimen especial de seguridad social propio para los socios trabajadores de cooperativas, posibilidad por la que también se decantaría el ordenamiento español, al menos formalmente.

El Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social, no obstante, asimiló a los socios trabajadores de toda clase de cooperativas, incluidas las de producción, a los trabajadores asalariados, si bien admitía peculiaridades respecto de la afiliación y cotización. Pero la legislación «incierta, contradictoria, inconsistente y anárquica»³²³ que siempre ha regido esta materia provocó una modificación del Proyecto, y el texto finalmente aprobado se movía en coordenadas muy diferentes. Por un lado, la Base Segunda declaraba incluidos en el Sistema a los socios trabajadores de cooperativas de producción³²⁴ [apartado 5.c)], sin mayor precisión, y en apartados separados a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y a los trabajadores por cuenta propia. Se producía así, nuevamente, el reconocimiento de la especialidad de esta actividad, que en ningún momento se consideraba explícitamente como un supuesto de asimilación, sino como una situación particular, dotada de identidad propia que justificaba, además, la creación de un régimen especial de Seguridad Social específicamente diseñado para este colectivo [Base Tercera, apartado 10.d) de la Ley de Bases]³²⁵.

La configuración prevista en la Ley de Bases nunca llegó a cristalizar. El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, constituyó el RETA, y en su DT Primera obligaba a darse de alta en el mismo a los socios trabajadores de cooperativas de producción en tanto no se estableciese su régimen especial. Se confería así, como expresamente afirma la DT citada, la condición de autónomos a los socios trabajadores de esta clase de cooperativas, aunque presuntamente con carácter provisional. La provisionalidad suponía que, al menos en apariencia, el Decreto 2530/1970 continuaba apostando por la constitución de ese régimen especial. Sin embargo, el Decreto 2566/1971, de 13 de

³²² Vid. F. FUENTES FERNÁNDEZ, *Las suspensiones de la relación de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado*, TL, nº 64, 2002, pp. 96 y ss.

³²³ Cfr. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Un régimen especial de seguridad social: el de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Producción*, RPS, nº 61, 1964, pág. 389.

³²⁴ El concepto de «cooperativas de producción» es más amplio que el de «cooperativas industriales», ya que, además de éstas, incluye las «cooperativas agrícolas, del mar y, quizá, de servicios»; cfr. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Un régimen especial de seguridad social: el de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Producción*, RPS, nº 61, 1964, pág. 383.

³²⁵ La doctrina se había mostrado reacia por no estimar suficientes las peculiaridades de este colectivo; vid. P. ARNALDOS, *La universalidad del campo de aplicación de los seguros sociales obligatorios*, RESS nº 3, 1951, pág. 296.

agosto³²⁶, que se concebía como norma «transitoria, de paso hacia el régimen especial anunciado»³²⁷, volvió a asimilar a los socios trabajadores de las cooperativas de producción con los trabajadores por cuenta ajena, lo que significó, a la postre, la equiparación de los socios trabajadores de toda clase de cooperativas. Además, concedió a los socios trabajadores de cooperativas la opción de ingresar en el Régimen General o en el especial correspondiente a la actividad desarrollada por la cooperativa, mientras que permitía a los socios de cooperativas de producción asimilados a trabajadores autónomos –por haber optado en su momento por la mutualidad de autónomos correspondiente– permanecer en la situación en la que estaban con anterioridad al Decreto³²⁸.

La Ley 52/1974, de 19 de diciembre³²⁹, que aprobó la Ley General de Cooperativas, modificó los criterios de clasificación de las cooperativas, y las cooperativas de producción o industriales pasaron a denominarse cooperativas de trabajo asociado³³⁰. Aunque los socios de estas cooperativas no fueron asimilados ni a trabajadores por cuenta ajena ni a autónomos, la Ley 52/1974 admitía que fuesen los estatutos de la propia cooperativa los que decidiesen dicha asimilación, debiendo incorporarse los socios trabajadores al régimen de Seguridad Social que procediera en función de la decisión final. La provisionalidad que podría predicarse de esta legislación, habida cuenta de las prescripciones de la Ley de Bases, comenzaba a tornarse en una situación consolidada³³¹. A pesar del presunto carácter transitorio del derecho de opción, la Ley General de Cooperativas de 1974 ya no contenía referencia alguna al futuro régimen especial, ni tampoco la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, que «cierra cualquier posibilidad» de actuación en ese sentido³³². La Ley de 1987 consagró el régimen de opción que ya era tradicional, aceptando la asimilación estatutaria de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado a trabajadores

³²⁶ BOE de 17 de octubre.

³²⁷ Cfr. C. ORTIZ LALLANA, *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 109.

³²⁸ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 268; M. ÁLVAREZ ALCOLEA, *La condición jurídico-laboral de los socios de cooperativas de producción*, RPS, nº 107, 1975, pp. 119-120.

³²⁹ BOE del 21.

³³⁰ Vid. N. PAZ CANALEJO, *Los socios de trabajo y las cooperativas de producción*, RPS, nº 133, 1982, pp. 27 y ss.

³³¹ Vid. J. VIDA SORIA, *Régimen General y regímenes especiales en el Sistema de Seguridad Social española*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, nº 3, 1972, pág. 56.

³³² Cfr. C. ORTIZ LALLANA, *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 112.

por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia, de lo que dependía su encuadramiento en la Seguridad Social³³³.

La DA Cuarta LGSS se mantuvo en las mismas coordenadas, transcribiendo en buena medida lo dispuesto por la DA Cuarta de la Ley 3/1987. En esta línea, y teniendo en cuenta que «el derecho de opción se atribuye a la cooperativa y no a los socios de forma individualizada»³³⁴, la LGSS permite que los estatutos de las cooperativas de trabajo asociado asimilen a sus socios trabajadores bien a trabajadores por cuenta ajena bien a trabajadores por cuenta propia, quedando todos los socios vinculados por tal opción³³⁵. La determinación precisa de la forma de ejercitar el régimen de opción se realizó en el Real Decreto 225/1989, de 3 de marzo³³⁶, y fue reproducido por el art. 8 del Real Decreto 84/1996, de 26 enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social. A tenor de esta norma, la elección efectuada en los estatutos debe afectar a todos los trabajadores, pero es renunciabile, porque transcurridos cinco años desde la fecha en la que se ejercitó por última vez pueden modificarse los estatutos alterando el sentido de la opción; con ello cambiaría el régimen de Seguridad Social aplicable a todos los socios, pues no es posible la elección parcial. Por supuesto, el válido ejercicio del derecho de opción implica una constitución regular de la cooperativa de trabajo asociado; en los supuestos de irregularidad no se produce una exclusión automática del Sistema de Seguridad Social, sino que procedería la incorporación a uno de los regímenes de autónomos³³⁷, ya que no hay empleador y la

³³³ En Francia se ha optado por su asimilación a trabajadores asalariados, con inclusión en el Régimen General. En este sentido, el art. L311-3.13° declara comprendidos en ese régimen a los «*membres des sociétés coopératives ouvrières de production ainsi que les gérants, les directeurs généraux, les présidents du conseil d'administration et les membres du directoire des mêmes coopératives lorsqu'ils perçoivent une rémunération au titre de leurs fonctions et qu'ils n'occupent pas d'emploi salarié dans la même société*»; vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pp. 36 y ss. En el mismo sentido, la Ley mexicana del Seguro Social de 12 de diciembre de 1995, en su art. 12.II, declara obligatoriamente comprendidos a los miembros de las «sociedades cooperativas de producción», al igual que hace el art. 4 de la Ley venezolana del Seguro Social, de 30 de septiembre de 1991.

³³⁴ Cfr. R.M. GONZÁLEZ DE PATTO, *El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laboralización del socio trabajador*, TL, nº 53, 2000, pág. 84.

³³⁵ Vid. S. OLARTE ENCABO, "Disposición Adicional 4ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 1951.

³³⁶ BOE de 8 de marzo.

³³⁷ Vid. P. MORGADO PANADERO, *El régimen laboral y de Seguridad Social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado*, AL, nº 28, 2002, pp. 580-582.

posibilidad de asimilación no puede ejercitarse hasta tanto la cooperativa regularice su situación³³⁸.

La vigente Ley de Cooperativas –Ley 27/1999, de 16 de julio³³⁹- mantiene incólume la situación expuesta, en la medida que su única referencia a la Seguridad Social –DF Sexta- afecta exclusivamente al trabajo a tiempo parcial³⁴⁰, a la posibilidad de alta a tiempo parcial en concreto, y no al encuadramiento de los socios trabajadores³⁴¹. Por consiguiente, y a pesar de las dudas iniciales, los socios trabajadores de cooperativas suscitan en la actualidad una mera cuestión de encuadramiento, que no incide en el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, porque, de una u otra forma, son un colectivo incluido en su campo de aplicación³⁴², si bien los actos de encuadramiento, la cotización o la intensidad de la acción protectora dependerán del sentido de la opción que se ejercite³⁴³. Y la obligación de pertenecer al Sistema subsiste aunque se desarrolle otra actividad profesional, originándose entonces una situación de pluriempleo o pluriactividad³⁴⁴.

Deben consignarse, no obstante, dos supuestos particulares en los que la situación del socio puede redundar en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. El primero de ellos se refiere a los socios trabajadores menores de dieciocho años que hayan sido asimilados a trabajadores autónomos en los estatutos de la cooperativa. Como se vio³⁴⁵, pese a que el Sistema de Seguridad Social únicamente parece admitir a los trabajadores independientes mayores de edad, los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado constituyen una excepción a esa regla, que se podría explicar por su carácter de asimilados, y no de verdaderos trabajadores

³³⁸ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 21-9-1998 (AS 3817).

³³⁹ BOE del 17.

³⁴⁰ Vid. S. OLARTE ENCABO, *Sociedades cooperativas de trabajo asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social*, TL, nº 64, 2002, pp. 173 y ss.

³⁴¹ Concretamente, la DA Sexta Ley 27/1999 establece que «las disposiciones de Seguridad Social previstas para la contratación a tiempo parcial, serán objeto de las modificaciones y adaptación que resulten precisas para su aplicación en el ámbito de las sociedades cooperativas de trabajo asociado e integral. A tal efecto, el Gobierno procederá en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley al correspondiente desarrollo reglamentario, en aplicación de lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de la Seguridad Social». Esas particularidades están recogidas en el RD 1278/2000, de 30 de junio; vid. SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 19-10-2000 (AS 3118/2001) y 12-7-2002 (AS 4015), del País Vasco de 23-1-2001 (AS 58), de Cantabria de 3-5-2001 (AS 1670), de la Comunidad Valenciana de 7-11-2001 (JUR 92222) y de Galicia de 5-11-2003 (AS 214/2004).

³⁴² Vid. J.C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, *Actas De liquidación a cooperativa: falta de alta o tardía, multiactividad, validez probatoria y rectificación cuantitativa*, AS, nº 2, 1999, pág. 33.

³⁴³ A modo de ejemplo, vid. P. GETE CASTRILLO, *Informe sobre régimen de Seguridad Social aplicable al personal laboral de las cooperativas del campo dedicadas a la manipulación y envasado de la naranja*, RL, nº 1, 1986, pp. 119 y ss.

³⁴⁴ Vid. STS (Cont-Adv.) de 25-1-1999 (Ar. 343).

³⁴⁵ Vid. III.4.

por cuenta propia³⁴⁶. El segundo de esos supuestos está directamente relacionado con las mutualidades de previsión social adscritas a colegios profesionales. Las cooperativas cuyo objeto social consista en el ejercicio de una profesión sujeta a colegiación obligatoria pueden optar en sus estatutos por la asimilación de sus socios a trabajadores por cuenta ajena, con la obligatoria inclusión en el Sistema, o a trabajadores por cuenta propia, lo que daría entrada a la DA 15ª Ley 30/1995 y eventualmente a que el profesional colegiado pudiera quedar excluido del Sistema a favor de la mutualidad de previsión social adscrita al colegio³⁴⁷.

Junto a las cooperativas de trabajo asociado, el derecho de opción se reconoce a una cierta clase de cooperativas sanitarias que asocien a personal de la salud y a personal no sanitario³⁴⁸, a las cooperativas de enseñanza que asocien a profesores y a personal no docente y de servicios³⁴⁹, y, en último extremo, también a las cooperativas de iniciativa social que pertenezcan a alguna de las anteriores categorías³⁵⁰, siempre, en todos estos casos, que se rijan por las normas previstas para las cooperativas de trabajo asociado³⁵¹. El derecho de opción, por consiguiente, alcanza a los socios trabajadores, que no a los socios de trabajo, de cooperativas que, por sus características, sean susceptibles de equiparación, al menos en cuanto a régimen jurídico, con las cooperativas de trabajo asociado³⁵². Se produce en estos casos una suerte de asimilación

³⁴⁶ Vid. Informe de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 16 de noviembre de 1987; puede consultarse en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 133-135.

³⁴⁷ Vid. STSJ de Andalucía de 13-6-2004 (AS 1481).

³⁴⁸ Vid. art. 102.2 Ley 27/1999.

³⁴⁹ Vid. art. 103.3 Ley 27/1999.

³⁵⁰ Vid. art. 106.3 Ley 27/1999.

³⁵¹ Las cooperativas de seguros de trabajo asociado fueron suprimidas tras la Ley 30/1995. Las cooperativas de seguros se rigen por la normativa específica de seguros, en estos momentos el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que únicamente reconoce las sociedades cooperativas de socios-asegurados, con un régimen jurídico similar al de las mutuas de seguros. La aplicación supletoria de la legislación de cooperativas (art. 101 Ley 27/1999) no permite salvar el obstáculo, y la constitución de una cooperativa de seguros de trabajo asociado no parece posible, ni siquiera aunque lo prevean normas autonómicas; vid. R. MORENO RUIZ, *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*, CES, Madrid, 2000, pp. 176-178.

³⁵² «Los socios ordinarios de cooperativas de trabajo asociado se denominan socios trabajadores (art. 80 LGC), al igual que los socios de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra que aportan su trabajo personal, sólo o conjuntamente con medios y tierras (art. 95 LGC). También tienen, seguramente, la consideración de socios trabajadores, los profesionales de la salud que prestan sus servicios por cuenta de las cooperativas sanitarias (art. 102.2 LGC), y el personal docente y de servicios que presta su actividad para las cooperativas de enseñanza (art. 103.3 LGC), al igual que los socios que presten sus servicios en cooperativas de trabajo asociado, sanitarias o de enseñanza, que sean además de iniciativa social (art. 106.3 LGC). La denominación de socios de trabajo se reserva para los socios de los restantes tipos de cooperativas de primer grado o de cualesquiera de segundo grado (cooperativas asociadas) cuya actividad cooperativizada consista en su prestación personal de trabajo para la cooperativa (art. 13.4 LGC). No tienen, por el contrario, tal condición, sino la de simples socios cooperativistas, los profesionales autónomos organizados para la mejora de su actividad en cooperativas agrarias, de

de segundo grado, pues los socios de estas cooperativas se asimilan a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que son los destinatarios principales, sino únicos, de la facultad legal de asimilación a trabajadores por cuenta propia o ajena.

Por el contrario, el derecho de opción no alcanza a los socios de trabajo de las restantes cooperativas, a pesar de la equiparación de régimen jurídico, con alguna particularidad, recogida expresamente en el art. 13.4 Ley 27/1999; ni siquiera a los socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra³⁵³, a los que el art. 95.2 Ley 27/1999 declara aplicables las normas previstas para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. La DA Cuarta LGSS expresamente requiere que los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo del resto de cooperativas sean, «en todo caso, asimilados a trabajadores por cuenta ajena». Aunque no desarrollan un trabajo asalariado, se aprecia una «dosis de ajenidad» superior a la de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y por ello se procede a una asimilación *ex lege*³⁵⁴.

La Ley 27/1999 es posterior en el tiempo a la LGSS, lo que podría sugerir una derogación tácita de la DA Cuarta, apartado 2, LGSS, y la consiguiente extensión del derecho de opción a los socios de trabajo y a los socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra. Aunque tal interpretación resulta plausible, la equiparación de régimen jurídico recogida en los arts. 13.4 y 95.2 Ley 27/1999, respectivamente, se sitúa en un plano diferente al de los derechos de Seguridad Social³⁵⁵, y la vigencia y aplicabilidad de la DA Cuarta LGSS debe quedar salvaguardada asimismo por su carácter de norma especial frente a la más general Ley de Cooperativas. Tampoco corresponde ese derecho de opción, por cierto, a las

servicios, del mar, o de transportistas (arts. 93.1, 98.1, 99.1 y 100.1 LGC)); cfr. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "Trabajo en cooperativas y sociedades de trabajo", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 43-44. Acerca de los socios de las cooperativas de segundo grado, vid. M.J. VÁZQUEZ PENA, *Las cooperativas de segundo grado: peculiaridades societarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 67 y ss.

³⁵³ Las cooperativas de explotación comunitaria vienen hoy reguladas en la Sección 5ª del Capítulo X de la Ley 27/1999 (arts. 94 a 97), y sus socios trabajadores deberán proceder ordinariamente al alta en el REA, habida cuenta de las labores agrícolas que desarrollan estas cooperativas; vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 2-5-2001 (AS 3274).

³⁵⁴ Vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, "Disposición Adicional Cuarta", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 1525 y ss.

³⁵⁵ «Si acaso se trataría de una equiparación respecto de las medidas de fomento del empleo (DA 12ª) y a tiempo parcial (DF 6ª)»; cfr. J. LÓPEZ GANDÍA, *Cooperativas y Seguridad Social*, RL, nº 21, 2000, pág. 41.

sociedades agrarias de transformación³⁵⁶, si bien el encuadramiento de sus socios que a la vez presten servicios para la sociedad resulta una cuestión aún hoy polémica³⁵⁷.

Por su parte, la DA Cuarta, apartado 4, LGSS dispone que «hasta tanto no se produzca la inclusión del colectivo profesional de los colegios o asociaciones profesionales de médicos en el Sistema de la Seguridad Social, conforme a las previsiones del Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, lo dispuesto en el apartado 1 de la presente disposición adicional no será de aplicación a los profesionales integrados en tales colegios o asociaciones que sean socios trabajadores de las cooperativas sanitarias a que se refiere el número 3 del art. 144 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas». Esta previsión resulta ya inaplicable, pues se dirige a un colectivo que requiere colegiación obligatoria para el ejercicio de su actividad profesional, y por ello debe recurrirse a las normas relativas al encuadramiento de los profesionales colegiados, contenidas en la DA 15ª Ley 30/1995.

Finalmente, es menester efectuar una breve referencia al administrador único o, en su caso, a los miembros del consejo rector de la cooperativa³⁵⁸. Es claro que si esas funciones de administración se encomiendan a un tercero ajeno a la cooperativa deberían aplicarse las reglas previstas para los consejeros y administradores de sociedades mercantiles³⁵⁹, a pesar de que, como ya advirtiera el TC³⁶⁰, no puede calificarse la cooperativa como sociedad mercantil capitalista³⁶¹. La analogía resulta evidente y la DA 27ª LGSS debería entrar en juego respecto de los administradores o miembros del consejo rector no socios, con funciones de dirección y gerencia, claro está, porque los pasivos quedarían al margen del Sistema³⁶². Mayores problemas plantea la aplicación de esa DA 27ª LGSS a los socios administradores, pues, por un lado, con carácter general la aportación de un socio a la cooperativa no puede exceder de un tercio del capital social³⁶³ y, por otro, también como regla general, cada socio tiene un voto en la asamblea, con independencia de su aportación³⁶⁴. Teniendo en cuenta además que por su condición de socios –la gestión y administración «activa» permitiría añadir el

³⁵⁶ Vid. STSJ de Galicia de 7-5-1996 (AS 1473).

³⁵⁷ Vid. P. GETE CASTRILLO, *Breve reflexión sobre la problemática del encuadramiento en la Seguridad Social de las Sociedades Agrarias de Transformación*, RL, nº 19, 1987, pp. 89 y ss.

³⁵⁸ Vid. arts. 32 y ss. Ley 27/1999.

³⁵⁹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 29-11-1990 (Ar. 8498).

³⁶⁰ Vid. STC 72/1983, de 29 de julio.

³⁶¹ En contra de la extensión de esas reglas, vid. M. ARETA MARTÍNEZ, *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 155.

³⁶² III.8.

³⁶³ Art. 45.6 Ley 27/1999.

³⁶⁴ Art. 26.1 Ley 27/1999.

calificativo de «trabajadores» o «de trabajo»- les afecta la opción de la cooperativa en cuanto a la asimilación a trabajadores por cuenta propia o ajena, o la propia asimilación legal a trabajadores por cuenta ajena en función de la clase de cooperativa, no aparece resquicio para la aplicación de las previsiones de la DA 27ª LGSS.

7- La actividad deportiva y sus distintas manifestaciones

La práctica del deporte puede desarrollarse de formas muy diversas: como mera actividad de ocio; como integrante de un club o sociedad anónima deportiva a cambio de una compensación económica; a título individual, mediante la participación en competiciones organizadas para reunir a destacados deportistas de cada disciplina; o en representación del país, sea a título individual o formando parte de un colectivo³⁶⁵. Sin embargo, bien sea por el componente lúdico, bien sea por la elevada cuantía de la contraprestación que algunos deportistas reciben, las actividades deportivas –todas- han quedado durante largo tiempo al margen de los mecanismos públicos de protección contra riesgos sociales.

Fruto de esa especial situación, la incorporación de los deportistas al Sistema de Seguridad Social es reciente. El Sistema distingue entre deportistas profesionales, que como sujetos de una relación laboral de carácter especial deben incorporarse al Régimen General, y deportistas de alto nivel, a los que se permite acceder al RETA si voluntariamente suscriben un convenio especial. No hay previsión expresa para los deportistas que practican su disciplina sin dependencia de un club o entidad deportiva y que no reúnen los requisitos para ser calificados como deportistas de alto nivel; pese a ello, parece evidente que pueden acceder al Sistema como trabajadores autónomos³⁶⁶, porque desarrollan una actividad económica a título lucrativo de forma habitual y directa³⁶⁷, si

³⁶⁵ Vid. L.M. CAZORLA PRIETO, *Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979, pp. 79 y ss.

³⁶⁶ Vid. T. SALA FRANCO, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983, pág. 31; L.E. DE LA VILLA GIL, “Los deportistas y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Volumen III, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1972, pp. 518 y ss.; F. DE MIGUEL PAJUELO, “La protección social de los deportistas profesionales”, en A. PALOMAR OLMEDA, *El modelo europeo del deporte*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 326-327.

³⁶⁷ En Francia se reconoce también su acceso al régimen de trabajadores por cuenta propia, pero en ciertos casos se ha optado por una asimilación a los artistas de espectáculos públicos con objeto de posibilitar la incorporación al Régimen General; vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pp. 100-101.

bien la territorialidad obstaculiza esa primera aproximación, pues la mayor parte de los eventos tienen lugar fuera del territorio nacional³⁶⁸.

En relación con los deportistas profesionales, se vieron excluidos de los seguros sociales y del Mutualismo Laboral³⁶⁹, primero porque no fueron considerados trabajadores asalariados³⁷⁰ y, tras el reconocimiento de esa condición³⁷¹, por la interpretación que se dio al apartado 7 DT 6ª LGSS 1974³⁷². Los deportistas profesionales no se habían incorporado a una mutualidad laboral, porque sus mutualidades de previsión social —en especial la Mutualidad General Deportiva de marzo de 1960³⁷³— se constituyeron al amparo de la Ley de Mutualidades de 1941³⁷⁴.

³⁶⁸ Los torneos de tenis o golf o las reuniones atléticas constituyen un ejemplo palmario. Aun en ausencia de previsión expresa que resuelva la situación, la residencia en España debería prevalecer sobre el lugar de celebración de los eventos, puesto que éstos, de duración muy limitada en el tiempo, tienen lugar en países —e incluso en continentes— diferentes, lo que no permite encontrar un punto de conexión más sólido. La actividad, en este caso, no debería identificarse con cada evento en el que el deportista participa, sino que debería comprender también la preparación y el entrenamiento. El criterio territorial queda satisfecho si el deportista reside y se entrena habitualmente en España para participar en las competiciones, dondequiera que éstas se celebren. Nótese que desde esta perspectiva la nacionalidad no resulta determinante, pues algunos deportistas españoles han trasladado su residencia al extranjero a efectos fiscales —y por ello deben quedar excluidos del Sistema— y muchos deportistas extranjeros residen y se entrenan en España, lo que debería posibilitar su acceso al Sistema de Seguridad Social.

³⁶⁹ Vid. SSTCT de 12-12-1977 (Ar. 6405), de 26-11-1979 (Ar. 6617) y de 28-1-1982 (Ar. 416).

³⁷⁰ Vid. T. SALA FRANCO, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983, pp. 7 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 29 y ss.; R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 24 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *La condición jurídico-laboral de los jugadores profesionales de fútbol*, RISS, nº 3, 1973, pp. 530-534; J. CABRERA BAZÁN, *El contrato de trabajo deportivo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 40 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, “Los deportistas y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Volumen III, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1972, pp. 505 y ss.; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Los deportistas profesionales”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.; D. HERNÁNDEZ MARTÍN, “Contrato de trabajo de los futbolistas”, en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 164-167; J. CARABIAS, *Situación jurídico-social de los profesionales del fútbol*, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951, pp. 55 y ss.

³⁷¹ La STS de 11-10-1941 (Ar. 1104) calificó por primera vez como trabajadores asalariados a los deportistas profesionales, como reiterarían después las SSTS de 19-10-1982 (Ar. 6195) y de 28-1-1983 (Ar. 143). Respecto de los futbolistas, la referencia es la STCT de 24-6-1971, que puede consultarse en *Jurisprudencia Social*, nº 47, 1971, pp. 174 y ss. y en la REDT, nº 79, 1996, pp. 853 y ss.

³⁷² Precepto que facultaba al Gobierno para determinar la «forma y condiciones en que se integrarán en el Régimen General de la Seguridad Social, o en alguno de sus Regímenes Especiales, aquellos sectores laborales que, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, se encuentran comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, pero que el 24 de abril de 1966 no estuvieran encuadrados en una Institución de Previsión Laboral de las enumeradas en el artículo 1 del Decreto de 10 de agosto de 1954 y tuteladas por el Servicio de Mutualidades Laborales de Ministerio de Trabajo o en las Entidades Gestoras correspondientes de los Regímenes Especiales».

³⁷³ Vid. <http://213.162.200.229/mgd/frames.htm>.

³⁷⁴ Vid. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 365.

La exclusión de la Seguridad Social podría haberse replanteado tras el art. 43.3 CE, en el que se exige a los poderes públicos que «fomenten el deporte»³⁷⁵, o tras el Real Decreto-Ley 36/1978, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, mediante el que se declararon extinguidas las anteriores Mutualidades Laborales y el Servicio de Mutualismo Laboral, y se establecieron nuevas entidades gestoras; dentro de una de ellas, el INSS, se crearon una serie de mutualidades, órganos sin personalidad jurídica, en los que podrían haber tenido cabida los deportistas profesionales (principalmente en la Mutualidad de Trabajadores por Cuenta Ajena)³⁷⁶. A mayor abundamiento, el art. 8.2 de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, disponía que «los deportistas profesionales, los técnicos y entrenadores quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, con las peculiaridades que se establezcan».

Sin embargo, se descartó la incorporación en bloque al Sistema de los deportistas profesionales y se prefirió la opción más restrictiva de proceder a una inclusión gradual. El RD 2806/1979, de 7 de diciembre, creó un Régimen Especial para los futbolistas profesionales, que subsistió hasta que fue integrado en el Régimen General en virtud de la Ley 26/1985 y del RD 2621/1986, como ya se vio³⁷⁷. En esta coyuntura, la calificación como relación laboral del vínculo que une a los deportistas profesionales con la entidad deportiva para la que prestan servicios³⁷⁸ no supuso variación alguna en materia de Seguridad Social, y sólo los futbolistas estaban comprendidos en su campo de aplicación.

La vigente Ley del Deporte –Ley 10/1990, de 15 de octubre- no reconoce explícitamente el derecho de los deportistas profesionales a acceder al Sistema de Seguridad Social, y simplemente impone la obligación de que todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal estén en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente (art. 59), deber que se satisface mediante un aseguramiento privado, como deja claro el RD 849/1993, de 4 de junio, que especifica

³⁷⁵ Sobre la significación del art. 43.3 CE, vid. J. BERMEJO VERA, “Constitución y ordenamiento deportivo”, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1519 y ss.

³⁷⁶ Así lo apunta la STS (Cont-Adv.) de 4-5-1990 (Ar. 3717).

³⁷⁷ Vid. III.1.

³⁷⁸ RD 318/1981, de 5 de febrero, primero, y RD 1006/1985, después.

las prestaciones mínimas del seguro obligatorio deportivo³⁷⁹. De los arts. 11 y 13 RD 1006/1985 podría inferirse la inclusión obligatoria en la Seguridad Social de todos los deportistas profesionales, pero el art. 34 RD 2064/1995 reitera que únicamente acceden al Sistema cuando «se haya acordado expresamente su integración»³⁸⁰.

De este modo, y excepción hecha de los futbolistas, el acceso al Sistema de Seguridad Social de los deportistas profesionales estuvo vedado con carácter general hasta las inclusiones de la década de los noventa³⁸¹. El RD 1820/1991, de 27 de diciembre, incluyó a los ciclistas que reunieran las condiciones para ser considerados como deportistas profesionales; y el RD 766/1993, de 21 de mayo, procedió a la inclusión «en el Régimen General de la Seguridad Social de los jugadores profesionales de baloncesto que tengan la condición de deportistas profesionales». La LGSS 1994 no propició un cambio de orientación³⁸², como demostró el RD 1708/1997, de 14 de noviembre, al declarar comprendidos en el Sistema, en el Régimen General en concreto, a los jugadores profesionales de balonmano³⁸³. El último y definitivo hito en ese tránsito -desde la perspectiva de la extensión personal, aunque seguramente no en lo que se refiere a la acción protectora³⁸⁴- ha tenido lugar con el RD 287/2003, de 7 de marzo, que ha procedido a la inclusión del resto de deportistas profesionales en el Régimen General.

En el momento actual, por ende, están obligatoriamente comprendidos en el Sistema todos los deportistas profesionales³⁸⁵, entendiéndose por tales «quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un

³⁷⁹ Vid. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 383-384.

³⁸⁰ Vid. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Sobre la problemática planteada para la inclusión de deportistas profesionales en la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

³⁸¹ Vid. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 365-373; F. RUBIO SÁNCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 341 y ss.; K. IRURZUN UGALDE, *La extensión subjetiva del Sistema de la Seguridad Social en el deporte profesional*, AL, nº 18, 1997, pp. 467 y ss.

³⁸² Vid. Resolución de la DGOSS de 25 de marzo de 1997, publicada en Tribuna Social, nº 78, 1997, pp. 95-96, que declaraba excluidos del Sistema a los jugadores de fútbol sala.

³⁸³ Vid. M. DE LA FUENTE LAVÍN, *La Seguridad Social de los deportistas profesionales*, <http://www.iusport.es/opinion/mikel99.htm>.

³⁸⁴ La DA 26ª Ley 55/1999 instaba al Gobierno a estudiar la manera de adecuar los sistemas de previsión social complementaria a las características específicas de la actividad de los deportistas profesionales y de alto nivel, analizando la viabilidad y conveniencia de constituir una mutualidad específica, así como los límites de aportación y las contingencias que habilitan el cobro de la prestación.

³⁸⁵ Y con una acción protectora completa, al contrario por ejemplo que en Bélgica; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 72.

club o entidad deportiva a cambio de una retribución», quedando excluidos cuando únicamente perciban «la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva» (el art. 1.2 RD 1006/1985)³⁸⁶, porque en esas condiciones no se desarrolla una actividad profesional³⁸⁷.

En materia laboral y de Seguridad Social la profesionalidad es una cualidad que debe predicarse del deportista y no del deporte que practica³⁸⁸. La distinción, por más que pudiera derivarse de un «arbitrario reconocimiento federativo»³⁸⁹, está en el trasfondo de la tradicional exclusión de los deportistas profesionales del Sistema de Seguridad Social. Recuérdese que hasta tiempos recientes únicamente se ha considerado como deporte profesional el fútbol. Las federaciones, incluso internacionales, decidieron no otorgar esa condición a otros deportes de similares características, como podía ser el caso del baloncesto³⁹⁰. El balonmano, asimismo, se consideraba deporte aficionado, y en un principio se negó a los deportistas comunitarios la igualdad de trato que derivaba de la STCE Bosman³⁹¹, porque se entendía que esa equiparación sólo se producía en los deportes profesionales³⁹²; y con mayor motivo se consideraban *amateurs* los deportes con menor repercusión social y económica. Además, la profesionalidad de una disciplina se limita a determinadas categorías (como se deduce del art. 46 Ley del Deporte)³⁹³, lo que podría servir como justificación para una eventual exclusión del ámbito laboral y de los instrumentos de previsión social³⁹⁴.

³⁸⁶ El art. 1.3 RD 1006/1985 incluye también «las relaciones de carácter regular establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas», quedando al margen, por el contrario, las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos, que en su caso podrían dar lugar a relación laboral común o especial de artistas; vid. F. DURÁN LÓPEZ, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, RL, nº 10, 1985, pp. 49 y ss.

³⁸⁷ Vid. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 73 y ss; F. RUBIO SÁNCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 111 y ss.

³⁸⁸ La condición de deporte profesional tiene cierta relevancia, pues los clubes o entidades deportivas han de acreditar que cumplen sus obligaciones de Seguridad Social para poder participar en competiciones de carácter profesional; vid. Orden de 26-4-1996.

³⁸⁹ Vid. F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Las relaciones laborales especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pág. 179.

³⁹⁰ Vid. STCT de 14-10-1983 (Ar. 8450).

³⁹¹ De 15-12-1995, asunto C-415/93; en profundidad sobre esta decisión, vid. R. BLANPAIN y M. CANDELA SORIANO, *El caso Bosman. ¿El fin de la era de los traspasos?*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.; M. THILL, *L'arrêt «Bosman» et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire «Bosman»*, Revue du Marché Unique Européen, nº 1/1996, pp. 89 y ss.

³⁹² Vid. A. ROMERO GALLARDO, *El caso Olsson y la futura profesionalización del balonmano español*, AL, nº 28, 1997, pp. 739 y ss.

³⁹³ El Reglamento de la Liga de Fútbol Profesional (art. 1, Sección Primera, Libro IV) únicamente considera como competiciones profesionales la Primera y la Segunda División. El Convenio Colectivo

La doctrina judicial defiende que la calificación de la disciplina deportiva o de la categoría como *amateur* no predetermina necesariamente el carácter benévolo de la actividad³⁹⁵; y el hecho de que la entidad deportiva se autodenomine aficionada tampoco excluye la existencia de un contrato de trabajo³⁹⁶. Se requiere, así pues, un análisis caso por caso³⁹⁷, valorando las concretas circunstancias de cada supuesto³⁹⁸. El deportista que presta servicios para un club reunirá habitualmente las notas de ajenidad, voluntariedad y dependencia.

La retribución se torna así en el elemento definitorio, ya que no podrá apreciarse relación laboral cuando las cantidades percibidas por el deportista consistan en una mera compensación de gastos³⁹⁹ en virtud del desempeño de una actividad dirigida a la formación y el perfeccionamiento técnico⁴⁰⁰, o incluso cuando ni siquiera medie retribución⁴⁰¹; por el contrario, habrá contrato de trabajo cuando tales cantidades puedan

para la actividad del fútbol profesional, aprobado por Resolución de 22-6-1998 (BOE de 8 de julio), extiende su aplicación a todos los futbolistas que puedan ser considerados como deportistas profesionales en los términos del RD 1006/1985 (art. 2), pero limita su ámbito funcional a «los futbolistas profesionales que prestan sus servicios en los equipos de los clubes de fútbol o sociedades anónimas deportivas adscritos a la Liga Nacional de Fútbol Profesional». El Convenio Colectivo para la actividad de baloncesto profesional, aprobado por Resolución de 18-1-1994 (BOE de 3 de febrero), afecta a los jugadores profesionales de baloncesto que militen en clubes o sociedades anónimas deportivas pertenecientes a la Asociación de Clubes de Baloncesto, en el que sólo están los clubes que participan en la Liga ACB, la máxima categoría del baloncesto en España. Lo mismo sucede con el balonmano, cuyo convenio colectivo, aprobado por Resolución de 14-5-1998 (BOE de 4 de junio) se aplica exclusivamente a los jugadores profesionales de balonmano al servicio de clubes pertenecientes a la Asociación de Clubes Españoles de Balonmano, de la que sólo forman parte los clubes de la máxima categoría. El convenio colectivo para la actividad del ciclismo, aprobado por Resolución de 21-12-2001 (BOE 16 de febrero de 2002), vincula a los ciclistas profesionales que presten sus servicios en los equipos afiliados a la Real Federación Española de Ciclismo, y a aquéllos que por razón de su sede social u operativa puedan ser asimilados por la legislación vigente a un centro de trabajo en España, entendiéndose por equipo «toda aquella entidad, sponsor, club, sociedad, grupo deportivo, etc. de la que dependa una formación o plantilla de ciclistas profesionales que tenga por objeto primordial o secundario la participación en pruebas ciclistas para profesionales cuya organización dependa de la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) y Consejo de Ciclismo Profesional de la RFEC, Unión Ciclista Internacional (UCI), Asociación de Equipos de Ciclismo Profesional (ECP), u organismo que en el futuro les sustituya (Liga de Ciclismo Profesional, etcétera)».

³⁹⁴ Vid. STSJ de Cantabria de 13-12-1994 (AS 4886).

³⁹⁵ Vid. STCT de 14-10-1983 (Ar. 8450) y STSJ Castilla-La Mancha 18-4-1996 (AS 1381).

³⁹⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 13-11-1995 (AS 4454).

³⁹⁷ Vid. F. DURÁN LÓPEZ, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, RL, nº 10, 1985, pág. 50.

³⁹⁸ Vid. R. ROQUETA BUJ, *Deportistas, entrenadores y técnicos deportivos: régimen jurídico aplicable*, Tribuna Social, nº 99, 1999, pp. 18 y ss.; M.T. IGARTUA MIRÓ, *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Laborum, Murcia, 2003, pp. 77-79.

³⁹⁹ Vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 18-12-1989 (AS 11860), de Cataluña de 13-9-1993 (AS 3820), de Extremadura de 13-3-2000 (AS 1697), de Navarra de 25-5-1999 (2749) y de Madrid de 2-4-2002 (JUR 163677).

⁴⁰⁰ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 23-1-1998 (AS 1311).

⁴⁰¹ Vid. STCT de 6-7-1979 (Ar. 4800).

calificarse jurídicamente como salario⁴⁰² -por constituir la situación un «falso “amateurismo compensado”»⁴⁰³, «amateurismo marrón»⁴⁰⁴ o «profesionalización clandestina»⁴⁰⁵-, sin que sea necesario que la actividad deportiva constituya el único o principal medio de vida⁴⁰⁶. En este contexto, el hecho de que el club no esté autorizado a contratar a deportistas profesionales no impide la calificación como tal del deportista⁴⁰⁷, ni el acceso al Sistema de Seguridad Social⁴⁰⁸, pues, en definitiva -y como ya habían afirmado tanto el TS⁴⁰⁹, como el TCT⁴¹⁰ y los TSJ⁴¹¹ en contra de la inercia normativa-, la condición de trabajador asalariado del deportista implica su inclusión en el ámbito subjetivo del Sistema⁴¹².

Con un razonamiento más pragmático que jurídico, se recurre en estos supuestos a un criterio que puede proporcionar mayor seguridad jurídica, como es la cuantía de la retribución. Las pruebas de indicios, mucho más laboriosas, pero que permiten alcanzar una solución más satisfactoria, deberían ganar protagonismo en estas situaciones. A la postre, resulta complejo explicar jurídicamente por qué dos deportistas del mismo club, que participan en la misma competición, sometidos a idéntico régimen interno de la entidad deportiva, y con las mismas obligaciones, pueden gozar de derechos tan diferentes en función, únicamente, de la cuantía de la -en teoría- compensación por gastos que perciben del club. La necesidad de encontrar un criterio más sólido resulta

⁴⁰² Vid. SSTs de 3-11-1972 (Ar. 5435) y 10-10-1975 (Ar. 3791), STCT de 22-5-1989 (Ar. 3554) y SSTSJ de Andalucía/Granada de 2-7 y 11-9-2001 (JUR 307188 y AS 3804) y de 9-7, 17-9 y 15-10-2002 (AS 2976, AS 4032 y AS 3836), de Andalucía/Sevilla de 7-5-1996 (AS 3473) y 17-3-1998 (AS 1995), de Asturias (dos) de 15-12-2001 (JUR 50309 y JUR 66095), de Canarias de 25-9-1998 (AS 4059), de Cantabria de 21-9-2000 (AS 4064), de Castilla-La Mancha de 20-4-1998 (AS 1587), de Cataluña de 3-11-2002 (JUR 107895) y 21-7-2003 (AS 3045), de la Comunidad Valenciana de 25-1-1994 (AS 366) y de 23-5-1995 (AS 2149), de Galicia de 30-6-1992 (AS 3065) y de 23-3-1994 (AS 923) y de 23-1-2004 (JUR 80628), de Extremadura de 20-7-2001 (AS 3433) y de Murcia de 29-9-2000 (AS 3876) y de 23-4-2001 (AS 1908).

⁴⁰³ Cfr. F. DURÁN LÓPEZ, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, RL, nº 10, 1985, pág. 50. En el mismo sentido, vid. J.L. CARCELLER y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, Hurtman-Covacho, Madrid, 1981, pp. 21 y 52.

⁴⁰⁴ Cfr. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 48.

⁴⁰⁵ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “Los deportistas y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Volumen III, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1972, pág. 516.

⁴⁰⁶ Vid. STCT de 14-10-1983 (Ar. 8450).

⁴⁰⁷ Vid. STSJ de Aragón 24-5-1995 (AS 2011).

⁴⁰⁸ Vid. STSJ Castilla-La Mancha 20-4-1998 (AS 1587).

⁴⁰⁹ Vid. SSTs (Cont-Adv.) 16-7-1991 (Ar. 5996), 2-3-1994 (Ar. 1720) y de 5-12-1997 (Ar. 9306).

⁴¹⁰ Vid. STCT de 13-3-1987 (Ar. 5755).

⁴¹¹ Vid. STSJ de Galicia de 28-12-1994 (AS 4772); en sentido contrario, entendiéndose que los deportistas, en este caso un ciclista, no podían acceder al Sistema de Seguridad Social hasta que se produjese su expresa incorporación, vid. STSJ de Cantabria de 13-10-1993 (AS 4404).

⁴¹² La profesionalidad puede ponerse en duda cuando determinadas circunstancias particulares, como la edad del deportista o la categoría del club, permitan estimar que la práctica del deporte ya no se realiza en

evidente; la dedicación del deportista a la práctica deportiva –como muestra de profesionalidad- y el grado de sometimiento a la disciplina del club –prueba de la ajenidad y dependencia- deberían ganar protagonismo, desplazando a la retribución, que habría de limitarse a su función de consecuencia natural de la prestación de servicios y no convertirse en el elemento determinante del nacimiento del contrato de trabajo⁴¹³.

Por otra parte, se ha extendido el ámbito de aplicación de esta relación laboral especial –por asimilación o por ósmosis- a personas que propiamente no participan directamente en la competición, pero son indispensables para la adecuada práctica del deporte profesional⁴¹⁴. Así sucede con los entrenadores y técnicos, o los preparadores físicos⁴¹⁵, que han sido calificados como deportistas profesionales⁴¹⁶ (salvo que los equipos cuenten con carácter netamente *amateur*⁴¹⁷). En alguna ocasión los tribunales⁴¹⁸ optaron por considerarlos altos directivos⁴¹⁹, como sucedió con el seleccionador nacional de fútbol⁴²⁰ -e incluso con un entrenador de la Federación de Gimnasia⁴²¹-, a diferencia del seleccionador de otros deportes, como el balonmano, cuyas atribuciones generalmente son menores y por eso está ligado a la federación por una relación laboral común⁴²². La calificación como deportista profesional implicaba la exclusión del Sistema hasta que la concreta disciplina quedara protegida; por el contrario, la incorporación al Sistema era obligatoria en caso de relación laboral común o especial de alta dirección.

condiciones de laboralidad, sino por mero divertimento; vid. STSJ de Cantabria de 13-12-1994 (AS 4886).

⁴¹³ Vid. A.J. MONROY ANTÓN, *El deportista profesional: la necesidad de la reforma del RD 1006/1985*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 3, 2005, pp. 12-14.

⁴¹⁴ Vid. L. CORDERO SAAVEDRA, *El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 35 y ss.

⁴¹⁵ Vid. STSJ de Galicia de 26-12-2003 (AS 1677/2004). Pero no los masajistas, STSJ del País Vasco de 18-1-2005 (AS 364).

⁴¹⁶ Vid. SSTS de 14-5-1985 (Ar. 2710), 14-2-1990 (Ar. 1087), 28-5-1990 (Ar. 4506) y de 5-12-1997 (Ar. 9306) y SSTSJ de Aragón de 21-5-1997 (AS 1560), de Cantabria de 2-7-1997 (AS 2422), de Cataluña de 8-1-1998 (AS 50) y de 27-6-2003 (AS 2608) y de Madrid de 13-3-1996 (AS 540) y de 9-3-2001 (AS 1764).

⁴¹⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 22-1-1998 (AS 554), relativa al entrenador de un equipo de invidentes de la ONCE

⁴¹⁸ Vid. STCT de 9-4-1985 (Ar. 2336).

⁴¹⁹ Vid. T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos*, AL, nº 3, 1997, pp. 39 y ss.; M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 153 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Naturaleza jurídica del contrato del seleccionador nacional de fútbol y resolución anticipada de su contrato*, RL, Tomo I, 1994, pp. 1542 y ss.; M. CARDENAL CARRO, *El entrenador de un equipo de fútbol, ¿es alto cargo? (Al hilo del caso «Cruyff»)*, RL, Tomo II, 1998, pp. 764 y ss.

⁴²⁰ Vid. STSJ de Madrid de 16-3-1992 (AS 1619); el posterior recurso de casación para unificación de doctrina fue inadmitido por inexistencia de contradicción mediante el ATS de 21-7-1993 (Ar. 7024).

⁴²¹ Vid. STCT de 14-10-1986 (Ar. 9452).

No constituye relación laboral, a tenor del art. 1.6 RD 1006/1985, el vínculo entre los deportistas y las Federaciones Nacionales «cuando aquéllos se integren en equipos, representaciones o selecciones organizadas por las mismas». Esta declaración general pretende evitar la aparición de un doble nexo laboral ante la prestación de servicios para la federación por parte de un deportista profesional que, manteniendo su vinculación con el club o entidad deportiva, es convocado por la selección nacional. Sin embargo, aunque ése pudiera ser el propósito, la redacción literal plantea incertidumbres en el ámbito de la Seguridad Social, porque es menester determinar la clase de relación que une al deportista con la federación y, en función de la respuesta, si es una actividad protegida por el Sistema⁴²³.

El deportista y la Federación Nacional no están ligados por un contrato de trabajo cuando aquél acude a la selección nacional, pues aunque concurren las notas de ajenidad, dependencia e incluso retribución (en forma de premios o primas por rendimiento), está ausente la voluntariedad, en la medida que existe compulsión jurídica en la aceptación tanto para el jugador como para el propio club⁴²⁴, una obligación *ex lege* «que nace y se desarrolla al margen de una relación laboral»⁴²⁵. En efecto, tanto el jugador como el club, si éste se niega a liberar al jugador, podrían ser sancionados en caso de que el deportista no acuda a la convocatoria de su selección nacional. Es cierto que muchos jugadores renuncian a participar en la selección por unos u otros motivos (normalmente la edad o la salud), pero son renunciaciones que cuentan con la aquiescencia de las federaciones nacionales⁴²⁶.

Las normas rectoras de las federaciones internacionales tipifican como infracción, acompañada de su correspondiente sanción, la inasistencia a las convocatorias de las selecciones nacionales, a las que debe acudirse aunque se esté

⁴²² Vid. STSJ de Madrid 19-2-1998 (AS 509).

⁴²³ El doble vínculo simultáneo del jugador, con el club y con la federación, es una situación habitual, pero no imprescindible, ya que los contratos de los deportistas profesionales deben concertarse necesariamente con una duración determinada (art. 6 RD 1006/1985) y generalmente atienden a la duración de la temporada deportiva, concluyendo el 30 de junio o el 31 de julio. Muchas competiciones de selecciones nacionales tienen lugar en período estival, precisamente para compatibilizar esos torneos con las ligas nacionales, y por ello no es infrecuente que participe algún jugador que en ese momento carece de vinculación laboral con un club o entidad deportiva, máxime cuando la participación en el evento es utilizada por el propio deportista para aumentar su cotización en el mercado.

⁴²⁴ Vid. F. RUBIO SÁNCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 124 y ss.

⁴²⁵ Cfr. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 87.

⁴²⁶ Vid. M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 139-143.

ejercitando el derecho de huelga contra el club⁴²⁷, y prohíben que el jugador sea alineado con su club en el período en que debería estar a disposición de su selección nacional⁴²⁸. En el ordenamiento español, la obligación deriva directamente de normas de rango legal, pues las federaciones, aunque sujetos privados⁴²⁹, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo⁴³⁰ (art. 30.2 Ley del Deporte)⁴³¹, estando por ello sujetas a los principios de legalidad y tipicidad⁴³².

La Ley del Deporte deja claro que las entidades deportivas han de poner a disposición de la federación a los miembros de su plantilla deportiva (art. 23.1), que es la federación quien elige a los deportistas que integran la selección nacional (art. 33.2), y que «es obligación de los deportistas federados asistir a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales para la participación en competiciones de carácter internacional, o para la preparación de las mismas» (art. 47.1), por lo que es infracción muy grave «la falta de asistencia no justificada a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales» [art. 76.1.f)]⁴³³. Se constituye, así pues, una relación de carácter administrativo con una dosis de obligatoriedad que impide el nacimiento de un contrato de trabajo, con las consecuencias que ello conlleva⁴³⁴; carácter obligatorio, por cierto, que se justifica no simplemente por el deber –más moral que jurídico- de representar al país en competiciones internacionales, sino como compensación o contraprestación por la licencia federativa; aunque no sea condición de nacimiento del contrato, el deportista debe obtener esa licencia para poder participar en competiciones oficiales⁴³⁵.

⁴²⁷ Vid. L.M. CAZORLA PRIETO, *Informe acerca de la consideración que en términos jurídicos debe merecer a la Federación Española de Baloncesto la huelga actualmente planteada por jugadores de baloncesto y todo ello en relación al llamamiento de alguno de ellos para formar parte de la selección española de baloncesto*, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 2, 1993, pp. 255-259.

⁴²⁸ En este sentido, y en el ámbito exclusivamente del fútbol como deporte más representativo, vid. arts. 36 y ss. del Reglamento FIFA sobre el estatuto y la transferencia de jugadores, de 5 de julio de 2001, publicado en <http://www.fifa.com/es/regulations/regulationlegal/0,1577,2,00.html>; en España, vid. art. 101.e) de los Estatutos de la Federación Española de Fútbol, publicados como anexo a la Resolución de 27-12-1999 (BOE 1 de febrero de 2000).

⁴²⁹ Vid. art. 30 de la Ley del Deporte.

⁴³⁰ Vid. M. FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 101 y ss.

⁴³¹ Por todas, vid. STC 67/1985, de 24 de mayo, y SSTs de 12-2-2004 (Ar. 800), de 18-6 y 10-7-2003 (Ar. 6141 y Ar. 6638).

⁴³² Vid. STS de 26-6-2001 (Ar. 8909).

⁴³³ Estas infracciones y sanciones se recogen también en el RD 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva.

⁴³⁴ Vid. R. ROQUETA BUJ, *Deportistas, entrenadores y técnicos deportivos: régimen jurídico aplicable*, Tribuna Social, nº 99, 1999, pág. 16.

⁴³⁵ Vid. T. SALA FRANCO, *La nueva regulación laboral de los deportistas profesionales*, AL, nº 41, 1985, pp. 2044-2045.

La participación en competiciones internacionales, o en partidos amistosos, con la selección del país correspondiente no es una actividad protegida por el Sistema español de Seguridad Social, sin perjuicio de que el deportista permanezca en su campo de aplicación cuando el contrato con su club o sociedad anónima deportiva siga vigente (art. 47.2 Ley del Deporte). La actividad que justifica la inclusión en el Sistema de Seguridad Social es, de forma mediata o inmediata, la relación laboral que mantiene con el club o sociedad anónima deportiva a la que pertenece, y no su participación con la selección nacional. La cobertura contra los riesgos derivados de esta actividad podría quedar, en su caso, a expensas de la suscripción de un seguro privado; no obstante, la subsistencia de la relación laboral con la entidad deportiva ha servido en alguna ocasión como título de imputación al Sistema de Seguridad Social ante una lesión –calificada como accidente de trabajo– acaecida durante la prestación de servicios de un deportista extranjero con su selección fuera del territorio nacional⁴³⁶.

Cuestión distinta es la llamada del deportista por una selección autonómica, que en los últimos tiempos celebran partidos amistosos regularmente. El deportista no tiene obligación de acudir a ellos, ni el club de ceder a su jugador; con todo, el contrato de trabajo no surge porque dicha actividad carece de retribución, y aunque mediara compensación económica estaría ausente la causa del contrato, puesto que la federación autonómica no busca el lucro económico, ni el deportista participa en el evento por razones económicas.

Respecto de los árbitros, la doctrina judicial sostiene que la relación que los une con la correspondiente federación no es laboral porque está ausente la nota de dependencia⁴³⁷. El árbitro carece de la condición de deportista profesional⁴³⁸, ya que no presta servicios para un club y tampoco participa en la competición de forma directa, sino que vela por el buen desarrollo de la práctica deportiva⁴³⁹. En el contexto actual del ordenamiento español, y teniendo presente que no es claro que ese vínculo sea

⁴³⁶ Así lo decidió el TSJ de Castilla-La Mancha respecto del jugador de fútbol nigeriano del Albacete Balompié Emmanuel Amunike, que resultó lesionado de gravedad en un encuentro internacional que disputaba con su selección; vid. <http://www.marca.com/edicion/noticia/0,2458,402479,00.html>, <http://www.elmundodeportivo.es/20031014/NOTICIA68599479.html>.

⁴³⁷ Vid. STSJ de Galicia de 4-2-1999 (AS 56). Un comentario a la misma en K. IRURZUN UGALDE, *La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol*, AS, nº 1, 1999, pp. 27 y ss.

⁴³⁸ Vid. J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *Naturaleza jurídica de la relación de servicios prestada por los árbitros de fútbol*, <http://www.iusport.es/opinion/guerrero99.htm>; L. CORDERO SAAVEDRA, *El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 41-43.

⁴³⁹ Vid. M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 171-172; F. MESA DÁVILA, *La actividad deportiva del árbitro de fútbol: aproximación a la naturaleza jurídica y perspectivas de profesionalización a través de su laborización*, <http://www.iusport.es/opinion/arbitrosnat.htm>.

administrativo⁴⁴⁰, ni que el árbitro sea un agente o un colaborador de la Administración Pública⁴⁴¹, y ni siquiera que ejerza la potestad sancionadora⁴⁴², no habría grandes problemas para configurar como laboral la relación de los árbitros⁴⁴³. En las categorías de base el árbitro percibe meramente una compensación por gastos, con lo que el carácter aficionado de la actividad conllevaría la exclusión del Sistema de Seguridad Social⁴⁴⁴; pero en las categorías superiores los ingresos exceden holgadamente de una compensación por gastos, lo que debería justificar la incorporación al Sistema. Ahora bien, en ausencia de norma —o en su caso de decisión judicial— que proceda a la calificación del vínculo como laboral, o al menos que declare al colectivo como asimilado, esta actividad queda excluida del Sistema.

Junto a los deportistas profesionales, el Sistema de Seguridad Social contempla expresamente a los deportistas de alto nivel. El deporte se ha convertido en una actividad de indudable interés para el Estado, que se compromete a procurar «los medios necesarios para la preparación técnica y el apoyo científico y médico de los deportistas de alto nivel, así como su incorporación al sistema educativo y su plena integración social y profesional» (art. 6.2 Ley 10/1990). El deportista de alto nivel no es necesariamente un deportista profesional, ni éste ha de ser un deportista de alto nivel. El art. 6 Ley 10/1990 define el deporte de alto nivel como la práctica deportiva que es de «interés para el Estado, en tanto que constituye un factor esencial en el desarrollo deportivo, por el estímulo que supone para el fomento del deporte base, en virtud de las exigencias técnicas y científicas de su preparación y por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional»⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Vid. L. LÓPEZ CUMBRE (Coord.) y OTROS, *Crónicas de jurisprudencia. Trabajador*, Justicia Laboral, nº 1, 2000, pp. 79-80.

⁴⁴¹ En este sentido, vid. STSJ de Castilla la Mancha de 16-4-1997 (Recurso 95/96. Sentencia nº 380/1997), publicada en AL, nº 38, 1997, pp. 2803-2804.

⁴⁴² Vid. P. MAYOR MENÉNDEZ, "La disciplina deportiva: su configuración en nuestro ordenamiento jurídico", en P. MAYOR MENÉNDEZ, E. ARNALDO ALCUBILLA y C. DEL CAMPO COLAS (Coord.), *Régimen jurídico del fútbol profesional*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 307-308.

⁴⁴³ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Sobre la laboralización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol*, REDT, nº 101, 2000, pp. 271 y ss.; K. IRURZUN UGALDE, *La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol*, AS, nº 1, 1999, pp. 27 y ss.; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Las relaciones laborales especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 186-187.

⁴⁴⁴ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Sobre la laboralización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol*, REDT, nº 101, 2000, pp. 284-285.

⁴⁴⁵ Extensamente, vid. A. PALOMAR OLMEDA, *El régimen jurídico del deportista*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 123 y ss.

En teoría, debería considerarse deportista de alto nivel a todo aquél que practique el deporte en esas circunstancias, pero se ha optado por una fórmula de *numerus clausus*, pues esa condición únicamente se predica de quienes figuren en las relaciones elaboradas anualmente, aunque con modificaciones trimestrales⁴⁴⁶ (art. 3 RD 1467/1997), por el Consejo Superior de Deportes (CSD) en colaboración con las federaciones deportivas españolas y, en su caso, con las CCAA (art. 52 Ley 10/1990). En esa lista se encuentran los deportistas españoles «cuyo rendimiento y clasificación les sitúe entre los mejores del mundo y/o de Europa» (art. 3.1 RD 1467/1997), siempre que tributen en España por IRPF; en consecuencia, la condición de deportista de alto nivel no es permanente, sino coyuntural en función de los resultados en el período inmediatamente anterior. La lista es elaborada por la Administración estatal, por lo que la calificación como deportista de alto nivel efectuada por una Comunidad Autónoma o por un ente local carece de repercusión en el ámbito de la Seguridad Social⁴⁴⁷.

El deporte de alto nivel puede desarrollarse en el marco de un contrato de trabajo, como deportista profesional sujeto a la relación laboral especial, o al margen de él, ya que la supervisión directa de entrenadores de la correspondiente federación en los centros de alto rendimiento no satisface las exigencias de ajenidad y dependencia para el nacimiento de un contrato de trabajo⁴⁴⁸. Deporte de alto nivel y deporte profesional son realidades diversas, que en ocasiones convergen, y que sólo indirectamente se relacionan con los Juegos Olímpicos⁴⁴⁹. En este sentido, la elección de Barcelona como sede de los Juegos Olímpicos propició que en 1988 se crease un programa específico de becas destinadas precisamente a contribuir a la preparación de los deportistas olímpicos, programa que se ha consolidado bajo la denominación de Plan ADO⁴⁵⁰. Las becas ADO constituyen un estímulo o ayuda, con ciertos caracteres de recompensa o premio, que no pueden configurarse como salario⁴⁵¹, y por ello la condición de becario del Plan ADO⁴⁵² no tiene incidencia en el Sistema de Seguridad Social⁴⁵³.

⁴⁴⁶ A modo de ejemplo, vid. Resolución de 14 de noviembre de 2005, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, sobre la relación de deportistas de alto nivel correspondiente al tercer trimestre del año 2005 (BOE 28 noviembre 2005).

⁴⁴⁷ Vid. A. ARIAS DOMÍNGUEZ, E.A. GARCÍA SILVERO y F.J. HIERRO HIERRO, “La protección social de los deportistas”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1354-1355.

⁴⁴⁸ En contra, vid. A.J. MONROY ANTÓN, *El deportista profesional: la necesidad de la reforma del RD 1006/1985*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 3, 2005, pp. 11-12.

⁴⁴⁹ Las relaciones jurídicas que pueden surgir se enmarcan en lo que se ha denominado como “ordenamiento deportivo”; vid. M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 42 y ss.

⁴⁵⁰ Siglas que se corresponden con Asociación de Deportes Olímpicos; vid. <http://www.ado.es/>.

⁴⁵¹ Vid. R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 88-89.

Por consiguiente, el deportista de alto nivel que por tal condición puede acceder al Sistema de Seguridad Social es aquél que no cumple los requisitos del trabajo asalariado y que no reúne las condiciones para acceder al RETA como deportista a título individual. El deportista de alto nivel realiza una actividad muy singular, sin duda profesional, que requiere una dedicación exclusiva y que, con independencia del rendimiento económico, se efectúa con ánimo de lucro, inherente a la práctica deportiva de alto nivel. El carácter oneroso de la actividad resulta empañado por el hecho de que muchas disciplinas deportivas son minoritarias, y no generan ingresos suficientes ni siquiera para la autosubsistencia, al menos para quienes no logran unos resultados deportivos extraordinarios; pero la actividad no puede ser calificada como amistosa, benévola o de buena vecindad.

Desde este punto de vista, el deporte de alto nivel no se ajusta a ninguna de las categorías que prevé el art. 7 LGSS, pero el art. 53.2.e) Ley 10/1990 contempla la posibilidad, que no la obligación legal, de incluir en el Sistema a los deportistas de alto nivel, posibilidad que reitera, encomendando al Gobierno su realización práctica, la DA 3ª LGSS⁴⁵⁴. El RD 1856/1995, de 17 noviembre, primero, y el RD 1467/1997, de 19 septiembre, después, procedieron a detallar los términos de esa inclusión. En concreto, el art 14 RD 1467/1997 admite el ingreso en el RETA de los deportistas de alto nivel mayores de dieciocho años que no deban proceder al alta en otro régimen del Sistema (excepto en el de estudiantes, se sobreentiende). El alta subsidiaria constituye así un mecanismo de flexibilización del ámbito subjetivo del Sistema, que no cubre a determinadas actividades *per se*, sino con carácter residual, esto es, cuando del conjunto

⁴⁵² Estas ayudas económicas no son becas en sentido estricto; cierto es que en alguna medida existe formación y perfeccionamiento, pero el deportista pertenece a la elite mundial, incluso puede haber vencido en campeonatos del mundo o Juegos Olímpicos, lo que implica tal grado de calidad y especialización que desvirtúa por completo el concepto de beca, pensada como una forma de proporcionar la formación básica en una actividad. A la postre, los planes de preparación de los deportistas de elite «exigen una dedicación de tal importancia que puede llegar a condicionar su actividad social, su desarrollo personal y su capacidad de inserción en un ambiente profesional en el que los años dedicados al deporte son, precisamente, los que el resto de la población utiliza para la formación y la profesionalización»; cfr. A. PALOMAR OLMEDA, *El régimen jurídico del deportista*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 126.

⁴⁵³ Vid. STSJ de Madrid de 20-12-1993 (AS 5559)

⁴⁵⁴ Vid. S. OLARTE ENCABO, "Disposición Adicional 3ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1945-1947; M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, "Disposición Adicional 3ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 1242-1244.

de circunstancias se derive que de no proteger la actividad quien la desarrolle quedará completamente excluido del Sistema de Seguridad Social⁴⁵⁵.

La característica más sobresaliente de la inclusión de los deportistas de alto nivel en el Sistema de Seguridad Social es la voluntariedad, porque es el propio deportista quien tiene la facultad de decidir si estará o no comprendido en el Sistema mediante la suscripción del oportuno convenio especial con la TGSS⁴⁵⁶. Se produce así una asimilación de segundo nivel, en la medida que el convenio especial es una situación asimilada al alta que en este supuesto provoca una asimilación a trabajadores autónomos⁴⁵⁷. La voluntariedad obedece, probablemente, al carácter excesivamente gravoso que podría suponer la inclusión en el Sistema para quien desarrolla una disciplina deportiva que ofrece compensaciones económicas muy exiguas, que a menudo no cubren ni siquiera el importe de las cotizaciones.

La asimilación no ha suprimido el requisito de mayoría de edad⁴⁵⁸. La participación en competiciones internacionales no está limitada por la edad, o al menos no por la mayoría de edad, y ello supone, en muchos casos, que deportistas que se encuentran en la elite de su disciplina, con resultados destacados en campeonatos de Europa, del mundo o incluso en Juegos Olímpicos, queden al margen del Sistema por razón de edad. En algunos deportes –v.gr. gimnasia rítmica o deportiva- esta exclusión resulta especialmente significativa, pues la vida deportiva suele comenzar y concluir a edades muy tempranas. El hecho de que la inclusión se haya producido por la vía de la asimilación a los trabajadores por cuenta propia habría justificado la exoneración del límite de edad previsto en el RETA.

Junto a la edad, resulta decisiva asimismo la nacionalidad. El Sistema de Seguridad Social debe mostrar indiferencia por la nacionalidad del deportista, y el art. 14 RD 1647/1997 no condiciona la inclusión en el Sistema de Seguridad Social a la efectiva acreditación de la nacionalidad española. Sin embargo, es evidente que sólo los

⁴⁵⁵ Vid. R. ESTEBAN LEGARRETA y A. ARQUED SANMARTÍN, *Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes*, AS, nº 12, 2001, pp. 58 y ss.

⁴⁵⁶ Ese convenio especial se registrará por el art. 27 Orden TAS/2865/2003, con las particularidades que prevé el art. 14 del RD 1467/1997.

⁴⁵⁷ La suscripción del convenio especial debe producirse en el plazo de noventa días naturales a contar desde el siguiente a la publicación en el BOE de la relación de deportistas de alto nivel (art. 14 RD 1647/1997). La inclusión en el Sistema subsiste en tanto que el deportista permanezca en esa relación, y se mantiene durante los dos años naturales siguientes a su pérdida, plazo que se extiende a cuatro años si el deportista ha sido medallista en unos Juegos Olímpicos (art. 15 RD 1647/1997), siempre que no se produzca sanción y se continúe tributando en España (art. 16 RD 1647/1997).

⁴⁵⁸ Vid. A. PALOMAR OLMEDA, *El régimen jurídico del deportista*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 134-135.

españoles podrán merecer la consideración de deportistas de alto nivel. La diferencia, en este supuesto, resulta objetiva, razonable y proporcionada, porque la representación del Estado en competiciones internacionales es consustancial al deporte de alto nivel; y esa representación la llevan a cabo únicamente los nacionales. En suma, el Sistema de Seguridad Social permite la incorporación, de forma voluntaria, de todos los deportistas de alto nivel, pero sólo los españoles están en disposición de merecer ese reconocimiento, que constituye un estadio previo que el Sistema asume, pero en el que no participa.

8- Socios trabajadores, directivos y administradores de empresas

El Derecho de la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo han debido afrontar, y no sólo en el ordenamiento español⁴⁵⁹, la problemática calificación del trabajo prestado para personas jurídicas por quienes poseen, directa o indirectamente, poder decisorio en las mismas, lo que difumina las notas de ajenidad y dependencia imprescindibles para la aparición del contrato de trabajo, y provoca las correspondientes dificultades de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social. En los supuestos de socio trabajador⁴⁶⁰ la disyuntiva se agota en la mera determinación del régimen de encuadramiento, ya que no se produce especial peligro de exclusión del Sistema; el control efectivo, en los términos de la DA 27ª LGSS o del art. 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, en caso de sociedades laborales, será determinante⁴⁶¹. Tampoco se genera peligro de exclusión para quienes prestan servicios con relación laboral común o especial, incluso de alta dirección, y pasan a formar parte del consejo de administración simultaneando ambas actividades. La doble vinculación, o el hecho de que la naturaleza mercantil del vínculo absorba eventualmente la relación laboral, constituyen meras

⁴⁵⁹ A modo de ejemplo, vid. S. RUBINS, *La figura del socio empleado en la Seguridad Social*, Revista de Seguridad Social de la República Argentina, nº 178-180, 1983, pp. 304 y ss.

⁴⁶⁰ Acerca del alcance de esta expresión, vid. M. ESPÍN SÁEZ, *El socio trabajador de sociedad laboral. Comentario al Laudo de 13 de mayo de 2003, emitido en Santander por María Antonia Gorrales Moreno*, RGDTS (iustel), nº 4, www.iustel.com.

⁴⁶¹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA y P. PORTELLANO DÍEZ, *La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial*, RL, nº 12, 1997, pp. 82-85; J. LÓPEZ GANDÍA, *Las sociedades laborales y su encuadramiento en la Seguridad Social*, AL, nº 11, 1999, pp. 251 y ss.; J.R. MERCADER UGUINA, *Algunas reflexiones sobre el controvertido encuadramiento en la Seguridad Social de los socios de sociedades laborales*, Tribuna Social, nº 97, 1999, pp. 9 y ss.; P. MORGADO PANADERO, *Las empresas de economía social y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 18, 2002, pp. 53-55.

cuestiones de encuadramiento para un colectivo que si desarrolla su actividad profesionalmente estará incluido en el Sistema de una u otra forma⁴⁶².

Por el contrario, la condición de consejero o administrador de una sociedad, sin mayor aditamento, implica dificultades conceptuales de otra índole, en la medida que su incorporación al Sistema de Seguridad Social, ante la indefinición de su actividad desde la perspectiva de las categorías jurídicas, requiere previsión expresa⁴⁶³. El art. 1.3.c) ET excluye del concepto de trabajador asalariado a quienes se limiten «pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo»⁴⁶⁴. En puridad, tampoco encajan sin fricción en el concepto tradicional de trabajador autónomo, lo que supone, a la postre, que no se amoldan a las categorías que maneja el Sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, cuando tal actividad se desarrolla conforme a unas pautas determinadas, como puede ser la dedicación exclusiva, o de forma relevante, y media retribución⁴⁶⁵, o cuanto menos ánimo de lucro⁴⁶⁶ –la realización de labores de dirección y gerencia para una sociedad de capital a título gratuito es un supuesto «más teórico que

⁴⁶² Vid. M.T. IGARTUA MIRÓ, *Relación Laboral y cargo de consejero único de sociedad mercantil*, AS, nº 15, 2001, pp. 27-31; C. MOLERO MANGLANO, *El contrato de alta dirección*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2004, pp. 109 y ss.; A.L. DE VAL TENA, *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 391 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 3, 2003, pp. 3 y ss.

⁴⁶³ Por ejemplo, el art. 3 del Código de Trabajo salvadoreño, de 31 de julio de 1972 (que se ocupa en su Libro III de la previsión social), «presume de derecho que son representantes del patrono en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores, caporales y, en general, las personas que ejercen funciones de dirección o de administración en la empresa, establecimiento o centro de trabajo». No obstante, añade a continuación que «los representantes patronales en sus relaciones con el patrono están ligados por un contrato de trabajo».

⁴⁶⁴ Vid. A.L. DE VAL TENA, *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 63 y ss.; R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *El régimen de la Seguridad Social de los administradores de sociedades de capital: un ejemplo de evolución jurisprudencial*, RMTAS, nº 9, 1998, pp. 29 y ss.

⁴⁶⁵ Vid. STS de 7-5-2004 (Ar. 4713) y de 25-1-2005 (Ar. 4258).

⁴⁶⁶ El ánimo de lucro resulta esencial, pero tal exigencia se satisface con la posibilidad de enriquecimiento indirecto, bien mediante la obtención de dividendos bien por el incremento del activo de la sociedad, lo que implica una capacidad potencial para obtener beneficios; vid. M.A. LIMÓN LUQUE, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 193-194. En contra, por estimar que sin rentas percibidas no se justifican las rentas de sustitución que proporcionaría el Sistema, que no protege las rentas de capital, sino las profesionales, vid. A. DESDENTADO BONETE, *Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia*, Justicia Laboral, nº 21, 2005, pp. 24-26.

real»⁴⁶⁷-, puede predicarse de ella un carácter profesional que, en teoría, debería permitir el acceso al Sistema de Seguridad Social, si bien la actuación del legislador en perspectiva histórica ha resultado durante largo tiempo «insuficiente y caótica»⁴⁶⁸. Los consejeros activos o ejecutivos, cuando en ellos concurría la condición de socio, fueron incluidos ya en el Mutualismo Laboral, pues el Decreto 1167/1960 los consideró como un colectivo más de trabajadores autónomos. La rigidez del campo de aplicación de los diferentes regímenes de Seguridad Social provocó su exclusión del Sistema en los albores de éste; a la postre, únicamente podían proceder al alta en el RETA los «socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa».

En principio, se entendió que esa enumeración contenida en el art. 3.c) Decreto 2530/1970 tenía un carácter de *numerus clausus*⁴⁶⁹; pero esa concepción fue superada⁴⁷⁰, porque suponía excluir de los beneficios de la Seguridad Social a quienes no estaban mencionados en ese precepto y tampoco merecían el calificativo de trabajadores por cuenta ajena⁴⁷¹. Ello facilitó la expansión del ámbito subjetivo del RETA –y con ello la del Sistema de Seguridad Social-, en el que se han integrado, por ejemplo, los socios industriales de las sociedades colectivas que desarrollan un trabajo por cuenta propia⁴⁷², e incluso la doctrina defiende la incorporación de los socios trabajadores de sociedades colectivas irregulares, a pesar de la implícita exclusión que a partir de una interpretación literal se extrae del art. 3 Decreto 2530/1970.

En verdad, difícilmente se justifica la exclusión de quienes realizan una actividad de forma habitual, personal y directa, pues esa exégesis literal eleva la excepción a regla general en contra del espíritu y finalidad de las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social, e implicaría además la exclusión de los socios de sociedades civiles, regulares o irregulares, y la de los comuneros, ya que no están

⁴⁶⁷ Cfr. E. ORTEGA PRIETO, *Enquadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios*, Praxis, Barcelona, 1999, pág. 47.

⁴⁶⁸ Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 420.

⁴⁶⁹ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 235-237.

⁴⁷⁰ Vid. L. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, *Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades*, AL, nº 18, 1993, pág. 344.

⁴⁷¹ Vid. I. BALLESTER PASTOR, *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995, pág. 108.

⁴⁷² Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Sujetos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 41-45.

mencionados explícitamente, al contrario que los socios de compañías regulares colectivas y los socios colectivos de compañías comanditarias⁴⁷³. En la actualidad, no obstante, todos ellos están comprendidos en el Sistema, aunque su encuadramiento sea problemático⁴⁷⁴; el alcance de la responsabilidad⁴⁷⁵, por un lado, y el sector de actividad, por otro, son determinantes⁴⁷⁶. Claro está, es menester que se trate de socios industriales, que aporten trabajo o que realicen funciones de dirección y gerencia⁴⁷⁷; de otro modo, cuando la aportación se limita exclusivamente al capital, no concurre la nota de profesionalidad que justifica el ingreso en la modalidad contributiva del Sistema, por cuanto no existe un trabajo personal.

Respecto de las comunidades de bienes, no plantea dificultades la inclusión en el Sistema, en el régimen correspondiente a la actividad desarrollada, de los trabajadores asalariados que presten servicios para la comunidad, que adquiere la condición de empleador como expresamente prevé el art. 1.2 ET. Tampoco debe merecer dudas la incorporación al Sistema de los comuneros que realicen la actividad de la comunidad de bienes por cuenta propia, siempre que acrediten que el trabajo se desarrolla a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa⁴⁷⁸. De lo contrario, y principalmente en el supuesto de actividad no habitual⁴⁷⁹, procederá la completa exclusión del Sistema⁴⁸⁰.

⁴⁷³ Los socios comanditarios, como el resto de socios con responsabilidad limitada, también están incluidos en el Sistema, pero en el Régimen General o especial correspondiente al sector de actividad. En Francia, sin embargo, mientras los «*commandités*» son considerados trabajadores autónomos, y en esa condición se incorporan al Sistema, los «*associés commanditaires*» han sido excluidos del Sistema; vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pp. 30-31.

⁴⁷⁴ Vid. STS (Cont-Adv.) de 25-11-1997 (Ar. 8549) y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14-7-1993 (AS 3646), de Galicia de 12-4-1994 (AS 1759), de Cataluña de 7-4-1997 (AS 1414), de Castilla y León/Valladolid de 26-12-2000 (JUR 2001/81018) y de Castilla y León/Burgos de 16-5-1994 (AS 2164) y de 18-2-2002 (JUR 2003/37610). La Administración también adoptó la misma interpretación, vid. Circulares 3-004, de 2 de noviembre de 1988 y 2-034, de 29 de diciembre de 1992; la primera de ellas se publica en AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 200-202.

⁴⁷⁵ Vid. R. URÍA, *Derecho Mercantil*, Vigésimo Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 167-169.

⁴⁷⁶ Vid. A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 76-77; L. Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA, *Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades*, AL, nº 18, 1993, pp. 344-345; F.J. PRADOS DE REYES, "Socios trabajadores de sociedades irregulares: carácter de la relación, encuadramiento en materia de Seguridad Social", en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pp. 822-833; J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 60 y ss.

⁴⁷⁷ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 4-2-1997 (AS 3029).

⁴⁷⁸ Vid. SSTSJ de Andalucía/Granada de 3-3-1999 (AS 1653), de de Castilla y León/Valladolid de 29-11-1999 (AS 4686) y de Andalucía/Sevilla de 25-5-2000 (JUR 1412/2001).

⁴⁷⁹ Vid. STSJ de Extremadura de 13-6-1998 (AS 2842).

El comunero, no obstante, puede merecer la calificación de trabajador asalariado, lo que ocurrirá cuando realice una actividad en beneficio del resto de integrantes de la comunidad de bienes mediando voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución⁴⁸¹.

Las sociedades civiles presentan complejos y muy heterogéneos problemas prácticos, pero son las sociedades de capital las que han originado mayor controversia, porque en ellas «las características personales de los socios pierden relevancia y se produce una separación más radical entre la persona jurídica, que encarna la sociedad, y los miembros integrantes de ésta»⁴⁸²; por ello, el encuadramiento de los consejeros y administradores de esas sociedades «ha sido una de las cuestiones más inciertas y complejas a la vista de la situación normativa hasta ahora imperante»⁴⁸³. El vínculo que les une a la sociedad no es laboral, y por ello únicamente pudieron acceder al Sistema en la década de los setenta los socios trabajadores, y no los consejeros y administradores de esas sociedades de capital⁴⁸⁴.

La jurisprudencia de finales de los ochenta y principios de los noventa calificó de mercantil el nexo que une al consejero con la sociedad⁴⁸⁵, y con base en ello, haciendo abstracción de la actividad efectivamente desempeñada por el consejero, consideró que esta figura podía incardinarse en la exclusión de laboralidad del art. 1.3 c) ET. Esta solución no era pacífica, ya que, por un lado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS se decantó por la exclusión total del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos⁴⁸⁶, interpretación no exenta de críticas⁴⁸⁷; por otro, la Sala de lo Social titubeaba, ya que en principio rechazaba el alta de este colectivo tanto en el

⁴⁸⁰ Vid. P. GETE CASTRILLO, *Informe sobre las comunidades de bienes y la Seguridad Social*, RL, nº 1, 1986, pp. 113-119.

⁴⁸¹ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 173 y ss.; L. MELLA MÉNDEZ, *Sobre la presunción de laboralidad*. STSJ Madrid de 25 enero 2000, AL, nº 5, 2001, pp. 365 y ss.

⁴⁸² Cfr. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 86.

⁴⁸³ Cfr. C. MARTÍNEZ MORENO, *El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Derecho de los Negocios, nº 89, 1998, pág. 1.

⁴⁸⁴ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997*, RDS, nº 2, 1998, pág. 27; F. CAVAS MARTÍNEZ, *La creación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Algunas "desavenencias" recientes entre el legislador y la jurisprudencia*, AS, nº 15, 1998, pp. 15-16.

⁴⁸⁵ Por todas, vid. STS de 3-6-1991 (Ar. 5123).

⁴⁸⁶ Vid. SSTS de 23-11-1993 (Ar. 9035) y de 18-4, 16-5 y 8-6-1995 (Ar. 3347, Ar. 4068 y Ar. 4649).

⁴⁸⁷ Vid. J. MUÑOZ MOLINA, *Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias y su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social*, RTSS, nº 15, 1994, pp. 55-56; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y socios trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, RL, nº 2, 1999, pp. 21-22.

Régimen General como en el RETA –régimen especial, por cierto, por el que tras muchas vacilaciones acabó optando la Administración⁴⁸⁸; pero no consideraba antijurídica el alta en el Régimen General practicada de oficio por la TGSS⁴⁸⁹, ante la dificultad de encontrar una respuesta adecuada a este problema⁴⁹⁰.

La litigiosidad de la cuestión permitió a la jurisprudencia elaborar un completo cuerpo de doctrina sobre el particular que inspiraría la posterior regulación legal⁴⁹¹. Esa jurisprudencia partía de la distinción entre dos clases de consejeros: los ejecutivos y los pasivos. Los primeros habrían de proceder al alta en el Régimen General o en el RETA en función de si dominaban o no la mitad del capital social⁴⁹²; los consejeros pasivos, por el contrario, quedarían excluidos del Sistema, por cuanto no desarrollan una actividad con la suficiente dosis de profesionalidad⁴⁹³.

La DA 2ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, facultó al gobierno para regular «el encuadramiento de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas dentro del Sistema de Seguridad Social», encargo cumplido por una norma de rango legal, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre⁴⁹⁴, aunque la Ley

⁴⁸⁸ La Resolución de la DGOJECSS de 23 de junio de 1992 (no publicada en el BOE), declaró incluidos en el RETA a los miembros de los órganos de administración en tanto desarrollasen en sus empresas funciones ejecutivas de gerencia y dirección a título lucrativo de forma personal, habitual y directa sin estar sujetos a contrato de trabajo. Sin embargo, esta interpretación, contenida también en la Circular 2-034, de 29 de diciembre de 1992, fue calificada de *ultra vires* por la STS de 4-6-1996 (Ar. 4882) ante la ausencia de soporte normativo alguno; vid. A. DESDENTADO BONETE, *El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997*, RDS, nº 2, 1998, pp. 27-29.

⁴⁸⁹ Vid. SSTS de 4, 6 y 12-6-1996 (Ar. 4882, Ar. 4996 y Ar. 5064) y de 24-1-1997 (Ar. 576).

⁴⁹⁰ Vid. R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “Alta en la Seguridad Social de socios, administradores y directivos de las compañías mercantiles y civiles”, en AA.VV., *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1994, pp. 19-36.

⁴⁹¹ La labor de la jurisprudencia también ha sido decisiva en Francia para resolver esta clase de asuntos, y el encuadramiento se ha hecho depender del control efectivo en caso de las sociedades limitadas, mientras que los administradores de sociedades anónimas han sido excluidos del Régimen General. No obstante, el art. L311-3.12º *Code de la Sécurité Sociale* declara comprendidos en el Régimen General a los «*présidents-directeurs et directeurs généraux des sociétés anonymes et des sociétés d'exercice libéral à forme anonyme*»; vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pp. 18 y ss.

⁴⁹² Vid. SSTS de 29 y 30-1, 6 y 18-2, 4, 14 y 20-3, 14-4, 14 y 26-5, 3-6, 10-10 y 11-11-1997 [Ar. 640, Ar. 1836, Ar. 1837, Ar. 2158, Ar. 2244, Ar. 2472, Ar. 3577, Ar. 3061, Ar. 4271, Ar. 5392, Ar. 6135, Ar. 7791 y Ar. 8309], de 26-1, 5-2, 14-10 y 16-11-1998 (Ar. 1066, Ar. 1640, Ar. 7812 y Ar. 9271) y de 7-7-1999 (Ar. 6160)].

⁴⁹³ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Administradores Sociales: inclusión en el Régimen General*, AL, nº 21, 1997, pp. 1520 y ss.; A. BLASCO PELLICER, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 69 y ss.

⁴⁹⁴ Vid. S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, “Administradores sociales, socios trabajadores y Seguridad Social: una difícil convivencia”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999, pp. 629 y ss.; J.A. PANIZO ROBLES, *Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales*,

50/1998, de 30 de diciembre⁴⁹⁵, propició un nuevo cambio de orientación⁴⁹⁶. A partir de entonces, y prescindiendo de las sociedades laborales, las reglas sobre inclusión en el Sistema y encuadramiento se extraen de la consideración conjunta del art. 97.2, en sus apartados a) y k), y de la DA 27ª LGSS, preceptos que deben aplicarse tanto a los socios trabajadores como a los trabajadores no socios, así como a los consejeros y administradores⁴⁹⁷. No obstante, alguna mención específica puede encontrarse en otras normas, no sólo en la Ley de Sociedades Laborales, sino también en el art. 2.2 Decreto 298/1973, que incluye en el REMC a «quienes trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de empresas afectadas por las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales –de la Minería del Carbón- excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo», salvo que «ostenten pura y simplemente cargos de consejero en las empresas que adopten la forma jurídica de sociedad», supuesto en el que quedarían excluidos del Sistema⁴⁹⁸.

En líneas generales, la DA 27ª LGSS considera comprendidos en el RETA a quienes «ejercen las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista⁴⁹⁹, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa,

Administrativas y del orden social de 1998, RTSS (CEF), nº 180, 1998, pp. 16-26; A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina en 1997. Problemas y soluciones*, RL, nº 9, 1988, pp. 14 -17; J.F. BLASCO LAHOZ, *Comentarios a la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 19-30; S. DEL REY GUANTER, “Notas sobre la ajenidad en la Seguridad Social: a propósito del régimen jurídico de la protección social de los administradores en la Ley 66/1997”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 193 y ss.

⁴⁹⁵ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Uso y abuso de las leyes de acompañamiento (I)*, RL, nº 5, 1999, pág. 80; M.A. PÉREZ ALONSO y M. MAGALLÓN ORTÍN, *El nuevo encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las Sociedades Capitalistas dentro del Sistema de Seguridad Social*, en *Tribuna Social*, nº 103, 1999, pág. 37.

⁴⁹⁶ Vid. Resoluciones de la DGOSS de 4 y 6 de mayo de 1999, publicadas en *Tribuna Social*, nº 103, 1999, pp. 76 y ss.

⁴⁹⁷ Vid. D. BENEYTO CALABUIG, *Socios trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas: de nuevo el problema de su encuadramiento en la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pp. 122-123.

⁴⁹⁸ Vid. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997, pp. 96-98.

⁴⁹⁹ Bajo esta rúbrica pueden incluirse las sociedades de responsabilidad limitada, incluida la Sociedad Limitada Nueva Empresa a partir de la Ley 7/2003, las sociedades anónimas y la sociedad comanditaria por acciones. Las sociedades laborales tienen regulación propia en la Ley 4/1997. Como se vio (III.6), también se pueden aplicar las reglas de la DA 27ª LGSS a los administradores o miembros del consejo rector de una cooperativa; vid. F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Vigésimo Primera Edición, McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 220; F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 126 y ss.; M. BROSETA PONS, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 178 y ss.; J.L. FERNÁNDEZ RUIZ y M.A. MARTÍN REYES, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Tomo I, Cuarta Edición, Edersa, Madrid, 2003, pp. 202 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIII, Civitas, Madrid, 1992, pp. 53 y ss.; M. ARETA MARTÍNEZ, *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 154 y ss.

siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla». El control efectivo resulta determinante, ya que por sí sólo convierte a la actividad en lucrativa, aunque no se haya fijado una concreta retribución⁵⁰⁰; en su ausencia procede el alta en el Régimen General [art. 97.2.k) LGSS]. La apreciación del control efectivo depende de la participación en el capital social del consejero o administrador⁵⁰¹, o en su caso del trabajador, bien por sí mismo, bien atendiendo a una dimensión familiar⁵⁰², y se articula a través de una serie de presunciones contenidas en la DA 27ª LGSS⁵⁰³. El control

⁵⁰⁰ Vid. STS de 24-1-2005 (Ar. 2843).

⁵⁰¹ La DA 27ª establece unos módulos prefijados –un cuarto, un tercio, la mitad del capital social- que en ocasiones resultan muy rígidos, por lo que se concede a la Administración la facultad de probar que existe control efectivo aunque no operen las presunciones. En otros países se ha buscado un criterio que proporcione mayor flexibilidad, más adaptado a las circunstancias del caso. En Argentina, por ejemplo, la Ley 24.241, de 23 de septiembre de 1993, en la determinación del ámbito subjetivo del «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones» -destinado a los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en esta mención los funcionarios- no considera obligatoriamente comprendidos –pero tampoco excluidos *per se*, porque pueden incorporarse voluntariamente- a «los socios de sociedades de cualquier tipo cuya participación en el capital sea igual o superior al porcentual que resulte de dividir el número cien (100) por el número total de socios» [arts. 2.d).1.1 y 3.a).2]. Y las mismas cautelas muestra respecto de los «socios de sociedades de cualquier tipo, cuando la totalidad de los integrantes de la sociedad estén ligados por un vínculo de parentesco de hasta el segundo grado de consanguinidad y/o afinidad» [art. 2.d).1.4]. No obstante, otros países apuestan por una mayor rigidez, como sucede en Canadá, donde el art. 5.2.b) de la Ley de aseguramiento del empleo, de 20 de junio de 1996 (*Loi sur l'assurance-emploi* o *employment insurance*) considera como empleo no asegurable la prestación de servicios para una persona jurídica por quien controle al menos el cuarenta por ciento de las acciones con derecho a voto.

⁵⁰² La regulación legal continúa originando problemas, como, por ejemplo, si la participación del cónyuge se computa íntegramente o de forma alicuota si el régimen económico matrimonial es el de gananciales; vid. STS de 26-1-1998 (Ar. 1066). La convivencia y la dependencia económica se erigen en factores decisivos; por todas, vid. SSTs de 14-6-1994 (Ar. 5435) y de 19-12-1997 (Ar. 9520).

⁵⁰³ Ampliación sobre esta regulación, vid. A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 215 y ss.; M.A. LIMÓN LUQUE, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 192 y ss.; S. DE SOTO RIOJA, *Consejeros y administradores sociales, ¿autónomos para la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 14 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, *Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el Sistema de Seguridad Social*, AL, nº 39, 1997, pp. 957 y ss.; J.M. ORDEIG FOS, *Afiliación de socios y administradores de las sociedades mercantiles: un viraje normativo*, Tribuna Social, nº 88, 1998, pp. 21 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, *Administradores sociales y Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 88, 1998, pp. 15 y ss.; G. DIÉGUEZ CUERVO, *Términos contradictorios en el aseguramiento social de los administradores y «socios» de las sociedades de capital*, RL, nº 2, 2002, pp. 19 y ss.; S. BELTRÁN MIRALLES y F.J. SÁNCHEZ ICART, *Administradores y socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas en el sistema de la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 189, 1998, pág. 47; J. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Los altos cargos y el Sistema de Seguridad Social: inclusiones y exclusiones, Régimen General y Régimen de Autónomos*, REDT, nº 76, 1996, pp. 303-314; M.L. NEBOT LOZANO, «Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios, administradores y directivos de sociedades, criterios sustantivos», en AA.VV., *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1994, pp. 43-60; L. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, *Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades*, AL, nº 18, 1993, pp. 345-355; J. LUJÁN ALCARAZ, *Encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas*, AS, nº 9, 1998, pp. 9 y ss.; J.A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *Los «retoques» en la parte general del Derecho de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998. Especial referencia a los*

efectivo determina el encuadramiento, y no la inclusión en el Sistema de los consejeros activos, que en la actualidad no se discute, sin perjuicio de que su condición de asimilados redunde en la acción protectora⁵⁰⁴ y no sea posible el alta a tiempo parcial⁵⁰⁵.

La inclusión de los consejeros activos en el Sistema de Seguridad Social contrasta con la exclusión de los consejeros pasivos o durmientes, esto es, aquéllos cuya actividad «sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo»⁵⁰⁶, como ocurre, principalmente, con quienes se limitan, en su relación con la sociedad, a asistir a las reuniones del órgano de administración; esos consejeros no desarrollan una «actividad económica relevante susceptible de encuadramiento en el RETA ni en cualquier otro régimen del Sistema»⁵⁰⁷. Los consejeros pasivos no son trabajadores asalariados, ni autónomos, y no han sido asimilados, de ahí la imposibilidad de acceder al Sistema de Seguridad Social⁵⁰⁸. No obstante, en la práctica se exige la afiliación y/o alta de todos los miembros del órgano de administración, aunque desarrollen meramente tareas de asesoramiento o consulta⁵⁰⁹. Ahora bien, queda excluido del Sistema quien se limite a esas labores de asesoramiento cuando las funciones de dirección y gerencia hayan sido encomendadas, por delegación, a otro órgano, como una comisión ejecutiva o incluso un consejero delegado⁵¹⁰.

Los consejeros o administradores de sociedades de capital, y los propios socios aunque no sean administradores, quedarán al margen del Sistema de Seguridad Social cuando el objeto social de la sociedad mercantil capitalista «no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios» (DA 27ª, apartado 2, LGSS). A pesar de la «falta de

administradores sociales y al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, RL, nº 5, 1998, pp. 100-111.

⁵⁰⁴ Vid. C. MARTÍNEZ MORENO, *El incierto destino de los administradores sociales y la jurisprudencia del tribunal supremo. Consideración especial de la sentencia de la sala de lo social de 26 de febrero de 2003*, RGDTSS (iustel), nº 6, www.iustel.com; R. ANIORTE SANZ, *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pp. 53-59; C. MARTÍNEZ MORENO, *El incierto destino de los administradores sociales*, AS, nº 2, 2004, pág. 59.

⁵⁰⁵ Por todas, vid. STS de 20-11-2003 (Ar. 8970); también la administración se había posicionado en ese sentido, como demuestra la Resolución de la TGSS de 6-2-2001 (puede consultarse en Tribuna Social, nº 124, 2001, pp. 63-65).

⁵⁰⁶ Art. 1.3 c) ET.

⁵⁰⁷ Cfr. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 256-257.

⁵⁰⁸ Vid. E. ORTEGA PRIETO, *Encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios*, Praxis, Barcelona, 1999, pp. 42-43.

⁵⁰⁹ Vid. Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 17 de junio de 1999.

⁵¹⁰ Vid. A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 234-235.

concreción» del precepto⁵¹¹, se puede inferir, a partir de una interpretación sistemática, que la exclusión del Sistema procederá únicamente en los supuestos en que la sociedad desarrolle de manera exclusiva esa actividad de administración y gestión patrimonial, la «mera tenencia de bienes»⁵¹², pues si junto a ella tiene lugar el ejercicio de otras actividades económicas no se podría negar el ingreso. La exclusión se justifica legalmente por la actividad de la sociedad, que carece de finalidad empresarial o productiva; pero la solución legal prescinde, al menos en apariencia, de la concreta labor que realiza cada socio o administrador⁵¹³.

Con carácter general, la condición de sujeto comprendido en el Sistema deriva de la realización de una actividad profesional a título personal, sin que el carácter lucrativo o no de la entidad elimine necesariamente la profesionalidad. El Sistema de Seguridad Social debería valorar de forma diferente la labor de quien meramente ostenta la condición de socio sin prestar efectivamente servicios o con funciones de administración y gestión a título gratuito (supuesto en que se producirá la exclusión del Sistema con independencia del tipo de sociedad, pues la mera condición de socio no es una actividad protegida), y la de quien gestiona y administra su patrimonio y el de los demás socios a cambio de una contraprestación, supuesto en el que se justificaría sin dificultad la inclusión en el Sistema.

Por otro lado, la propia dinámica del mercado y las ventajas que ofrecen las sociedades de capital han provocado que muchos profesionales colegiados decidan no ejercer su actividad de manera individual, sino al amparo de una sociedad capitalista creada *ad hoc*, convirtiéndose el profesional liberal en socio administrador y/o consejero⁵¹⁴. Por consiguiente, se produce una situación peculiar, en la que un profesional liberal que para el ejercicio de su actividad necesita colegiarse desarrolla dicha actividad en el marco de una sociedad, en cuyo organigrama ha adquirido una cierta relevancia, pues incluso podría tener el control efectivo.

⁵¹¹ Cfr. J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998*, RL, nº 6, 1998, pág. 40.

⁵¹² Cfr. J.R. MERCADER UGUINA, "Disposición Adicional 27ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 2034.

⁵¹³ Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 422.

⁵¹⁴ En general, vid. K.J. ALVIEZ DOHRMANN, M.C. JAIMEN TRASSIERRA y S. OLARTE ENCABO, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Universidad de Granada, Granada, 1992, pp. 11 y ss.

No se trata de un supuesto de pluriactividad o pluriempleo⁵¹⁵, y es menester identificar las reglas aplicables al encuadramiento en la Seguridad Social, en la medida que podría priorizarse la condición de profesional obligatoriamente colegiado, y entraría en juego la DA 15ª Ley 30/1995, o, en su defecto, la posición del sujeto en la sociedad, atendiendo entonces al art. 97.2 a) y k) y a la DA 27ª LGSS. Las consecuencias son relevantes, ya que como profesionales colegiados podrían quedar excluidos del Sistema de Seguridad Social si, nacido el derecho de opción, juzgan más oportuno permanecer o incorporarse a la mutualidad de previsión social que tenga establecida el colegio, mientras que como administradores o consejeros quedarían incluidos en el Sistema, y la cuestión se reduciría a un mero problema de encuadramiento.

La Administración ha adoptado una solución ecléctica, que parte del análisis del objeto social, pues si éste es único y coincidente con la actividad colegial se hace primar la condición de profesional colegiado, en una suerte de traslación de la teoría del levantamiento del velo, o de aplicación *sui generis* de la simulación, mientras que si el objeto social no coincide estrictamente con la actividad desarrollada por el colegio profesional prevalece la condición de consejero o administrador⁵¹⁶. El criterio administrativo ha merecido algún reproche doctrinal, por la dificultad práctica de diferenciar «con nitidez entre el objeto de la sociedad y la actividad desarrollada»⁵¹⁷. Sin embargo, ha encontrado apoyo en los Tribunales, que han recurrido a la amplitud del objeto social para resolver supuestos de enorme complejidad⁵¹⁸, en los que incluso se entremezclan problemas de encuadramiento de socios de cooperativas⁵¹⁹.

La adopción de un criterio flexible permite un mayor margen de maniobra en el supuesto concreto, pero parece más conveniente apostar decididamente por una solución unívoca, que haga primar una de las dos situaciones. Y no sólo por seguridad jurídica, sino por la propia universalidad subjetiva que, como principio rector de necesaria observancia *ex art. 41 CE*, debe jugar un papel relevante en las interpretaciones que

⁵¹⁵ En general, vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Pluriactividad y trabajadores autónomos*, AL, nº 46, 1995, pp. 783 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, *Pluriactividad y Seguridad Social*, RL, nº 7, 2005, pp. 29 y ss.

⁵¹⁶ Vid. Resolución de la TGSS de 6 de abril de 2005, publicada en Tribuna Social, nº 176-177, 2005, pp. 81-82.

⁵¹⁷ Cfr. J.A. PANIZO ROBLES, *De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (a propósito de la STS de 25 de enero de 2000)*, RTSS (CEF), nº 208, 2000, pág. 150.

⁵¹⁸ Vid. SSTSJ de Madrid de 25-9-2001 (JUR 322900), de Andalucía/Málaga de 12-7-2002 (AS 221/2003) y de Andalucía/Sevilla de 13-6-2004 (AS 1481).

⁵¹⁹ La Administración ha abogado en estos casos por el régimen de opción de las cooperativas, y la asimilación a autónomos hace surgir la obligación de alta en un régimen de Seguridad Social, que no puede ser sustituida por la afiliación a la mutualidad que actúe como alternativa; vid. Resolución de la TGSS de 12 de febrero de 2002, Tribuna Social, nº 137, 2002, pp. 65-66.

impliquen riesgo de exclusión del Sistema. En consecuencia, debe preferirse la exégesis más favorable a la inclusión en el Sistema de Seguridad Social, y ello pasa por estimar que la condición de administrador o consejero prevalece sobre la de profesional colegiado, pues mientras en aquélla sólo está en juego el encuadramiento, ésta puede implicar la exclusión del Sistema. Además, la condición de consejero o administrador difumina la de profesional colegiado autónomo cuando ambas se solapan.

Las reglas de la DA 15ª Ley 30/1995 se dirigen a una realidad muy diferente a la de los administradores y consejeros de una sociedad capitalista. Una vez instaurado un régimen jurídico específico para cada una de esas situaciones, que ha pretendido dar respuesta a dos supuestos muy complejos, que han sido objeto de numerosas modificaciones legales para una mejor adaptación, no parece razonable que se entremezclen ambas realidades provocando un aumento, evidentemente indeseable, del casuismo ya existente⁵²⁰. La preferencia por la DA 27ª LGSS no es obstáculo, claro está, para que la DA 15ª Ley 30/1995 continúe siendo de aplicación a los profesionales liberales que aún ostentando la condición de socios de la correspondiente sociedad, no formen parte del órgano de administración⁵²¹.

⁵²⁰ Vid. M.A. LUELMO MILLÁN, *Cuestiones de encuadramiento en el RETA y su reciente jurisprudencia*, AL, nº 18, 2002, pp. 362-363; J.J. MORRO LÓPEZ, *Encuadramiento en el RETA; socio y administrador solidario; médicos anestelistas que constituyen una SL, AS*, Tomo IV, 2000, pp. 3112 y ss.

⁵²¹ La DA 70ª Ley 30/2005, de 29 de noviembre, remite a la DA 15ª Ley 30/1995 a efectos del encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los abogados que «ejercen la profesión como socios en régimen de asociación con otros», pues no surge en tales casos una relación laboral, ni común, ni la especial prevista en la DA 1ª Ley 22/2005, de 18 de noviembre. La Resolución de 21-11-2005 (BOE de 23 de noviembre), en su apartado segundo, prefería en su origen la aplicación de las normas sobre encuadramiento de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas cuando concurrese tal condición con la de profesional liberal; pero esa Resolución ha sido modificada por una Resolución de 30-12-2005 (BOE de 4 de enero), que se decanta por la aplicación de las reglas de la DA 15ª Ley 30/1995 a todos los abogados no sujetos por relación laboral.

CAPÍTULO IV- CARGOS Y SERVIDORES PÚBLICOS ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

El trabajador, por el hecho de serlo, debería estar comprendido en el Sistema de Seguridad Social con independencia del sector en el que preste servicios o del sujeto en cuyo beneficio realice la actividad. Sin embargo, la prestación de servicios para una Administración Pública introduce un elemento que desvirtúa esa premisa inicial, ya que impregna de particularidades tanto las condiciones de trabajo como la protección social. Respecto del trabajador asalariado, la Administración Pública no supone especialidad alguna, por lo que deberá incorporarse al Sistema de igual forma que si prestase servicios para una entidad privada. Sin embargo, el resto de prestaciones de servicios en el ámbito público plantean mayores interrogantes, en unos casos por la instauración de instrumentos específicos de protección social (funcionarios), y en otros porque la actividad desarrollada no se corresponde con las previstas en el art. 7 LGSS y su inclusión en el Sistema se supedita a una manifestación de voluntad explícita en sede normativa.

1- El singular itinerario de la previsión social en la función pública

Los funcionarios públicos, que mantienen con la Administración «una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo»¹, no deberían merecer, en principio, un comentario detallado desde la perspectiva del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social; ya desde la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 el Sistema declara comprendidos a los «funcionarios públicos, civiles y militares», aunque por sus peculiaridades han de quedar encuadrados dentro de su propio régimen especial [art. 10.2.d) LGSS]. En estos términos, la inclusión de los funcionarios públicos no habría de suscitar dudas, y a lo sumo podrían plantearse dificultades de encuadramiento, porque, a grandes rasgos, el citado Régimen Especial de Funcionarios sólo dispensa protección a funcionarios de carrera que se encuentren al servicio de determinadas Administraciones, mientras que el resto deberán incorporarse al Régimen General.

¹ Art. 1 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por la que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

Sin embargo, esta dispersión no se agota en una mera cuestión de encuadramiento, sino que repercute en la configuración del ámbito subjetivo del Sistema. Bajo la denominación «Régimen Especial de Funcionarios» se esconde un entramado complejo, con presencia de mecanismos diferentes en función del concreto colectivo y con una acción protectora no coincidente ni con la del Régimen General, ni con la que ofrecen el resto de regímenes del Sistema de Seguridad Social. De este modo, aunque los funcionarios públicos incluidos en ese Régimen Especial se encuentran teóricamente comprendidos en el Sistema, la realidad normativa parece situarlos en un escenario diferente², más bien dentro de un mecanismo de previsión yuxtapuesto, y por ende externo total o parcialmente³, aunque con claros vasos comunicantes con el Sistema⁴ [v.gr. prestaciones familiares⁵].

La particular situación de los funcionarios públicos respecto del Sistema de Seguridad Social, común a los Estados que han adoptado un modelo bismarckiano⁶, se explica a partir de la evolución histórica, pues desde antaño los Estados han atendido las necesidades de los servidores públicos con gran diligencia y preocupación, involucrándose

² En contra, vid. J.I. GARCÍA NINET y M.J. DOLZ LAGO, “Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 895-896.

³ «Mientras el Mutualismo se configura como integrante de nuestro Sistema de Seguridad Social, más dudosa es la integración en el mismo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que aunque también se conciba como mecanismo de cobertura, tiene unas peculiaridades prestacionales, financieras y de gestión, que lo alejan de las normas básicas que rigen en el Sistema de Seguridad Social»; cfr. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 334. Otros autores sólo consideran incluido en el Sistema sin «sombra de duda» el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado; vid. J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, “Artículo 10”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 1999, pp. 232-233.

⁴ Sin que ello sea obstáculo para solicitar la auténtica integración de los funcionarios en el Sistema de Seguridad Social, en concreto en el Régimen General; vid. J.L. TORTUERO PLAZA, “Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 118-120.

⁵ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 53-54; J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones*, RDS, nº 25, 2004, pp. 31 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente*, RTSS (CEF), nº 183, 1998, pp. 98 y ss.; E. SALGADO MÉNDEZ, “Las pensiones de los funcionarios públicos”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 93 y ss.

⁶ Vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pp. 24 y 209; AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993, pp. 53 y ss.

directamente en su satisfacción⁷. La previsión social de los funcionarios públicos nació con anterioridad incluso a la de los trabajadores asalariados, en un momento en el que ni siquiera se planteaba la constitución de un mecanismo público de protección contra riesgos sociales de dimensión general⁸. En esa coyuntura, el Estado, en una muestra quizá de cierta «culpabilidad»⁹, pretendió mejorar las condiciones de quienes prestaban servicios directamente para él, lo que explica que en algunos países los mecanismos de protección diferenciados alcancen a los empleados públicos en sentido amplio, y no sólo a los funcionarios¹⁰.

En España, las primeras medidas consistieron en la instauración de pensiones de jubilación, de incapacidad y de muerte y supervivencia para los funcionarios militares¹¹ con

⁷ Vid. W. VAN GINNEKEN, “Superación de la exclusión social”, en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pp. 7 y ss.

⁸ Vid. L. JORDANA DE POZAS, “La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen I, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 391; M. BAENA DEL ALCÁZAR, en su Prólogo a B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 8.

⁹ «Las clases pasivas reposan sobre un imperativo de justicia. El que profesa en el servicio público y renuncia a los lucros ilimitados y a las infinitas posibilidades de una actividad libre para atenerse a un sueldo insuficiente, del cual se le detrae una parte cuantiosa para las necesidades del mañana, tiene derecho a verlas atendidas cuando la vejez o la muerte sequen el caudal que alimenta a su familia»; cfr. L. JORDANA DE POZAS, “Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 36.

¹⁰ A modo de ejemplo, la Ley de la República Argentina 24.241, de 23 de septiembre de 1993, incluye expresamente en el «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones» tanto a los funcionarios como a los trabajadores asalariados (art. 2). El Decreto guatemalteco 63-1988, por el que se aprueba la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado, define al trabajador civil del Estado —el personal militar tiene un régimen especial— como «todo funcionario o empleado que labore en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, Corte de Constitucionalidad, Tribunal Supremo Electoral, o en las entidades descentralizadas o autónomas del Estado, en virtud de elección, nombramiento, contrato, planilla o cualquier otro vínculo legal por medio del cual se obliga prestar sus servicios a cambio de un salario previamente establecido, que sea pagado con cargo a las asignaciones del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado o de los presupuestos propios de los Organismos y entidades antes mencionadas y se encuentre contribuyendo al financiamiento del Régimen de Clases Pasivas Civiles del Estado, no perdiéndose la calidad de trabajador civil del Estado por suspensiones o licencias concedidas de conformidad con la ley». En Paraguay, el Decreto-Ley n° 1.860/50, que modifica el Decreto-Ley n° 18.071/43, por el que se crea el Instituto de Previsión Social, incluye en el seguro obligatorio de accidentes, enfermedad y maternidad al «personal de los entes descentralizados del Estado o empresas mixtas», pero declara excluidos a los «los funcionarios y empleados de la Administración Central» (art. 2), que tienen un régimen de previsión social específico. A la postre, el art. 3 de la Ley n° 1.626/00, de la función pública, deja claro que en el ordenamiento paraguayo «funcionario o empleado público son términos equivalentes, con un mismo alcance jurídico en cuanto a sus derechos y responsabilidades en el ejercicio de la función pública».

¹¹ «Siempre, y en todas partes, las clases pasivas militares preceden a las civiles»; cfr. L. JORDANA DE POZAS, “Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 28. En general, vid. A. CORONEL VELÁZQUEZ, *Las medidas de Seguridad Social en el Ejército español*,

el propósito de compensar la escasa cuantía de sus retribuciones¹². La protección se dispensaba a través de los correspondientes montepíos¹³, que proliferaron e incrementaron el número de sujetos incluidos y de riesgos protegidos, aunque con evidentes desigualdades entre unos y otros¹⁴. Los montepíos constituían el principal instrumento tuitivo, pero no el único, pues también se regularon las cesantías de exministros y servidores públicos, la jubilación de servidores públicos y las pensiones de gracia o remuneratorias en sus diferentes tipos¹⁵.

La crisis económica general propició que en 1828 el Estado se apropiase de los fondos de los montepíos –aunque estos subsistieron y dispensaban protección-¹⁶, con la intención de obtener recursos para atender las dificultades financieras¹⁷. Comoquiera que

RISS, nº 6, 1953, pp. 1015 y ss.; C. HERRÁIZ DE MIOTA, *Los montepíos militares del siglo XVIII como origen del sistema de Clases Pasivas del Estado*, RMTAS, nº 56, 2005, pp. 177 y ss.

¹² Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pp. 9-10.

¹³ Un estudio del concepto y características de estas entidades en L.E. DE LA VILLA GIL, “La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 128-143. Extensamente sobre estas primeras formas de gestión de la previsión social, vid. A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 39 y ss.

¹⁴ El pionero de estos entes, iniciativa del Marqués de Esquilache -ministro de Carlos III-, fue el Montepío Militar, establecido por Real Cédula de 20 de abril de 1761, al que siguieron el Montepío de Ministros de Tribunales Superiores (RD de 12 de enero de 1763), al que debían afiliarse obligatoriamente los consejeros, magistrados y empleados de la Administración Civil y de Justicia, y el Montepío de las Reales Oficinas (Real Cédula de 27 de abril de 1764), que abarcaba al personal de las Secretarías de los Consejos y de otras Reales Oficinas. A esos tres montepíos iniciales les siguieron muchos otros, entre los que cabe destacar el Montepío de Ministros de Ultramar de 20 de febrero de 1765, el Montepío de Loterías de 3 de septiembre de 1777, el Montepío de Oficinas de Ultramar de 18 de febrero de 1784, el Montepío de Oficinas de Correos de 22 de diciembre de 1785, el Montepío de Corregidores y Alcaldes Mayores de 7 de noviembre de 1790, el Montepío –de carácter militar– del Cuerpo de Oficiales de Mar de la Real Armada de 16 de octubre de 1794 y el Montepío de Empleados de la Casa Real de 23 de junio de 1818; vid. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 45-51; A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 426-430; M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, pág. 87, nota 19; M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pp. 13-14.

¹⁵ Por acciones de guerra (Decreto de 28 de octubre de 1811), por ajusticiamiento o muerte en prisiones o destierros a consecuencia de la defensa del sistema constitucional (Decreto de 25 de septiembre de 1820 y Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835), y por lesiones producidas en acto de servicio que incapacitasen para realizar la actividad correspondiente en caso de facultativos (Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855) y personal que prestase servicios civiles (Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835); vid. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 53-56.

¹⁶ Vid. L. JORDANA DE POZAS, “Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pp. 46-47.

¹⁷ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos* Escuela Nacional

esa decisión generó la correspondiente responsabilidad en el pago de pensiones¹⁸, se intensificó la crisis económica, fruto también de una cierta descoordinación administrativa¹⁹. Por su parte, los funcionarios sin montepío propio carecían de cualquier mecanismo tuitivo; cierto es que la Ley de Presupuestos de 25 de junio de 1864 preveía prestaciones por muerte y supervivencia para ese colectivo, pero su aplicación quedó en suspenso tras un Decreto-Ley de 22 de octubre de 1868. Los funcionarios interinos y eventuales no gozaron de amparo hasta una Ley de 26 de diciembre de 1958²⁰, que no los equiparó a los funcionarios con plaza en propiedad, sino que los asimiló a trabajadores asalariados.

Junto a los montepíos se desarrolló el Régimen de Clases Pasivas. Aunque se llegó a aludir al «régimen vetusto de Clases Pasivas» ya en 1920²¹, esa denominación proviene de 1926, a raíz del «arrepentimiento del Tesoro» por haberse apoderado de los fondos de los montepíos²². El Real Decreto-Ley de 22 de octubre de 1926 aprobó el Estatuto de Clases Pasivas, que convertía a este colectivo en una obligación del Estado financiada a costa del Tesoro Público. El Estatuto de Clases Pasivas mitigó, en parte, las consecuencias de la Ley de Autorizaciones, de 3 de marzo de 1917, en cuya virtud todos los funcionarios que ingresasen a partir de entonces en la Administración del Estado quedaban en la práctica sin previsión social, ya que esa norma remitía a la disposición que en un futuro se dictase al efecto²³.

de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 120; M.J. DOLZ LAGO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64 y ss.

¹⁸ «El Estado se convirtió así en una especie de gran mutualidad que siguió percibiendo las aportaciones de los socios de los montepíos; pero la identificación de los sujetos protegidos, los requisitos para tener derecho a las pensiones y el régimen jurídico de las mismas continuaron sin alteración»; cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pág. 16.

¹⁹ Vid. L. JORDANA DE POZAS, “Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 56.

²⁰ BOE del 29.

²¹ Cfr. A. LÓPEZ NÚÑEZ, *Ideario de previsión social*, Segunda Edición, INP, Madrid, 1947, pág. 61; cabe recordar que esta obra fue escrita en 1920.

²² Cfr. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 65.

²³ Vid. L. JORDANA DE POZAS, “Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas”, en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 26.

La deficiente cobertura proporcionada por el Régimen de Clases Pasivas²⁴, unida a una aparente despreocupación por las clases activas, provocó la revitalización del mutualismo. Numerosas reformas de la Ley de 1926 pretendieron mejorar el nivel de protección, pero sólo lograron convertir el marco normativo en una «selva legislativa»²⁵, en ocasiones infranqueable²⁶. El renacimiento de los montepíos se vio entonces impulsado oficialmente gracias a la Ley General de Mutualidades de 6 de diciembre de 1941, que consolidó definitivamente el mutualismo en general, y el funcional en particular, propiciando la aparición de tal número de montepíos que casi todos los colectivos de funcionarios tenían constituido el suyo propio²⁷, aunque su proliferación fue en cierto modo caótica²⁸.

Los funcionarios de la Administración Local estaban excluidos de los instrumentos previstos para los funcionarios estatales, con lo que no les eran de aplicación ni el Estatuto de Clases Pasivas ni en general cualquier otra norma de previsión social que tuviese como destinatarios a esos funcionarios. En consecuencia, la cobertura de riesgos debía articularse por otros cauces, pero los montepíos no abundaban en ese ámbito; era cada corporación la que establecía, de acuerdo con sus disponibilidades económicas, la protección en caso de

²⁴ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "Configuración de un régimen especial de Seguridad Social para funcionarios civiles del Estado", en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 306; también de este autor, "Limitaciones del sistema de previsión social de los funcionarios públicos del Estado", en AA.VV., *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 94-107. A mayor abundamiento, vid. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 167-169.

²⁵ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, "El Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de la Seguridad Social", en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 177.

²⁶ Vid. C. CALVO RAMÍREZ, *Régimen de Clases Pasivas de los Funcionarios Públicos*, RSS, nº 37, 1988, pág. 125.

²⁷ Téngase en cuenta que si bien las normas estatales se dirigían a los funcionarios de carrera, excluyendo a los funcionarios interinos, el Mutualismo utilizaba un concepto amplio de funcionario; M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 305-306.

²⁸ Vid. L. JORDANA DE POZAS, "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España", en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 1, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 397; un estudio exhaustivo en M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 199-302; M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pp. 29-31; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa*, Documentación Administrativa, nº 71, 1963, pág. 68.

vejez, invalidez y muerte, como ya dispuso la Ley Municipal de 8 de enero de 1845²⁹. Tras muchos intentos frustrados³⁰, la Ley de 12 de mayo de 1960 constituyó la Mutuality Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), que se configuraba como el único sistema de protección establecido para los funcionarios locales, y dispensaba cobertura completa y unitaria, acogiendo tanto a clases pasivas como a clases activas, de forma más acorde con los principios modernos de la Seguridad Social³¹.

2- La anexión de los funcionarios al Sistema de Seguridad Social

La Ley de Bases de 1963 no alteró sustancialmente la situación descrita³², a pesar de que el apartado f) del punto 5 de la Base Segunda alude a los «funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación» como uno de los colectivos expresamente incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, cuya protección se habría de instrumentar, a tenor de la Base Tercera, mediante la constitución de regímenes especiales propios. Hasta tres diferentes se preveían en origen: uno para funcionarios públicos, civiles y militares; otro para los funcionarios de entidades estatales autónomas; y un último para los pertenecientes a organismos del Movimiento³³.

Sin embargo, pronto se comprobó que la inercia ejercería una poderosa oposición a los buenos propósitos. El Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Institucional nunca llegó a nacer, y la voluntad para actuar en tal sentido fue ciertamente

²⁹ Se superaba así la restricción efectuada por el RD de 13 de octubre de 1828, que había prohibido a los ayuntamientos establecer pensiones de jubilación, viudedad y orfandad para los funcionarios a su servicio o sus familiares; vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pág. 80.

³⁰ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado”, en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 114, nota 12.

³¹ Vid. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 164-165; E. ERRANDONEA ULAZIA, *Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el Régimen General*, Tribuna Social, nº 75, 1997, pp. 24 y ss.; M.J. LOPERA CASTILLEJO, *El régimen de protección social del personal de las entidades locales*, AL, nº 45, 1992, pp. 791 y ss.

³² Con la «insatisfacción» que ello provocaba en el colectivo; cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, “La Seguridad Social de los funcionarios públicos civiles del Estado”, en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 69 y ss.

³³ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “El Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de la Seguridad Social”, en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 171-172.

débil, pues este colectivo quedó comprendido en el Régimen General de la Seguridad Social³⁴ ya desde el 1 de enero de 1967³⁵, merced a una Resolución de la Dirección General de Previsión de 10 de abril de ese mismo año³⁶. Asimismo, el Régimen Especial para el Personal al Servicio de los Organismos del Movimiento jamás se estableció, y ese colectivo se incorporó al Régimen General tras el Real Decreto-Ley 23/1977, de 1 de abril; y en los mismos términos cabe referirse al personal al servicio de la Organización Sindical, cuyo ingreso en el Régimen General data del Decreto 1116/1975, de 2 de mayo. El Régimen General, por tanto, ha acogido a buena parte de los funcionarios públicos, y no de modo provisional, ya que la incorporación formalmente transitoria al Régimen General se ha consolidado por la vía de los hechos consumados; recuérdese que el art. 10 LGSS 1994 ya no menciona ni el Régimen Especial de «funcionarios de entidades estatales autónomas», ni el del «personal al servicio de los Organismos del Movimiento» entre el elenco de fórmulas de atención particularizada a colectivos dotados de especificidades propias.

En cualquier caso, un cumplimiento cabal de los mandatos de la Ley de Bases requería el nacimiento de un régimen especial unitario para los funcionarios públicos de carrera de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales (y de los funcionarios autonómicos tras la aparición de las CCAA). Sin embargo, ese tratamiento unitario se limitó a un mero propósito, por las notables diferencias entre la previsión social de los funcionarios locales y la de los estatales, y por la heterogeneidad de mecanismos protectores entre los diversos ámbitos de la función pública estatal, en la que los funcionarios militares —que no los funcionarios civiles de la Administración Militar— gozaban de mejores mecanismos protectores que los funcionarios civiles³⁷, tanto desde la perspectiva de la acción protectora como de la propia gestión, ya que frente a la

³⁴ El art. 48 RD 1945/2000, de 1 de diciembre, dispone que el personal funcionario del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que es un organismo autónomo a tenor del art. 1 de esa norma, «se rige por lo dispuesto en la normativa de general aplicación a los funcionarios de la Administración General del Estado». En consecuencia, esos funcionarios deben quedar comprendidos en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado y no en el Régimen General.

³⁵ Vid. STS (Cont-Adv.) de 10-2-1987 (Ar. 583) y STSJ (Social) de Andalucía/Granada de 10-7-1998 (AS 3744).

³⁶ BOE del 18; vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Regímenes Especiales del personal no funcionario al servicio de la Administración Pública», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 532 y ss.

³⁷ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, «La Seguridad Social de los funcionarios públicos del Estado en España», en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 208-209.

multiplicidad, dispersión y desigualdad de las mutualidades de funcionarios civiles, los militares solo contaban con cinco –Ejército de Tierra, Aire, Marina, Guardia Civil y Policía Armada- con un nivel de protección bastante similar³⁸.

La revolución que en teoría habría de producir la Ley de Bases de Seguridad Social debía enfrentarse con una realidad firmemente asentada³⁹; la DA de la propia Ley de Bases declaraba inaplicable a los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos el plazo de dos años que el art. 2 de esa norma concedía para la aprobación del «Texto o Textos articulados en desarrollo de las Bases que en esta Ley se establecen». Es más, la tendencia a la homogeneización de los regímenes especiales respecto del Régimen General no afecta a los regímenes funcionariales, sino que tiene un alcance limitado a los trabajadores del campo y del mar (apartado 11, párrafo 2, de la Base Tercera).

Cabe destacar la situación de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, que nunca habían merecido una atención específica del legislador hasta que la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 1963 los excluyó de su ámbito subjetivo. La Ley de Bases de la Seguridad Social parecía desechar cualquier propósito de escisión, pero una Ley de 18 de marzo de 1966 reguló sus derechos pasivos al margen del resto de funcionarios, manteniendo la tradicional dualidad de protección entre Clases Pasivas y Mutualismo. A estos fines, se creó la Agrupación Mutua Benéfica de Funcionarios de la Administración de Justicia, a la que debían afiliarse todos los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, pero no el personal temporal, que fue incorporado al Régimen General por el RD 960/1990, de 13 de julio.

En suma, la protección social de los funcionarios públicos se desarrollaba conforme al esquema anterior a la Ley de Bases⁴⁰. La DT Primera de esta norma consagraba la pervivencia del Estatuto de Clases Pasivas de 1926 y de la intrincada red de mutualidades⁴¹,

³⁸ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, “La Seguridad Social en la Constitución española”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1489.

³⁹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976, pág. 33.

⁴⁰ Vid. J. ESCOBAR JIMÉNEZ, *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Segunda Edición, Ibidem, Madrid, 1998, pág. 21.

⁴¹ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “El Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de la Seguridad Social”, en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 174.

y la DT 13ª Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, explícitamente disponía que «hasta la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social de los funcionarios, el régimen de previsión social y mutual de los mismos continuará aplicándose conforme a las normas y acuerdos por los que se viene rigiendo».

Las reformas operadas tras la aprobación de la Ley de Bases no siguieron las directrices marcadas por ésta, ni adoptaron una línea uniforme. Por un lado, aceptaban la perpetuación de la tradición histórica, como se puede constatar con la Ley de 4 de mayo de 1965 sobre Derechos Pasivos en la Administración Civil del Estado; por otro, ofrecían soluciones novedosas, no previstas por la Ley de Bases, como la asimilación de determinados funcionarios a los trabajadores asalariados, con la correspondiente inclusión en el Régimen General. Ejemplo destacado lo constituyeron los funcionarios locales; su instrumento específico de previsión, la MUNPAL, subsistió a pesar de sus dificultades económicas hasta que el Real Decreto 480/1993 ordenó la integración de todos sus afiliados⁴² en el Régimen General⁴³; menores reticencias ha suscitado la inclusión en el Régimen General de los funcionarios autonómicos, tanto si acceden *ex novo* a la función pública, como si han sido transferidos por el Estado, aunque estos últimos con ciertas condiciones [apartados h) e i) del art. 97.2 LGSS de 1994]⁴⁴, porque como regla general han de permanecer en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado⁴⁵.

⁴² Vid. STS (Social) de 7-3-2001 (Ar. 3836) y STS (Cont-Adv.) de 25-4-2003 (Ar. 3826).

⁴³ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 69 y ss.; M.A. BURGOS GINER, *MUNPAL. Rescate de seguro de vida. Requisitos. Consecuencias de la integración en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, Tomo III, 2001, pp. 3260 y ss.; E. ERRANDONEA ULAZIA, *Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el Régimen General*, Tribuna Social, nº 75, 1997, pág. 25.

⁴⁴ El art. 97.2.i) declara comprendidos en el Régimen General a los funcionarios del Estado «transferidos a las CCAA que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la CCAA de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso». La doctrina judicial postula que «el ascenso o acceso de un cuerpo a otro dentro del normal desenvolvimiento de la carrera funcional en absoluto comporta» un ingreso en el sentido de las normas mencionadas [STSJ (Cont-Adv.) de Andalucía/Sevilla de 20-6-2002 (JUR 269903)], por lo que en tanto no se produzca tal ingreso los funcionarios transferidos conservan «todos los derechos adquiridos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso, artículo 24 de la Ley de Proceso Autonómico de 14-X-83, entre ellos el de conservar el Régimen de Seguridad Social que les sea aplicable» [STS (Cont-Adv.) de 17-6-1991 (Ar. 5117)]. Por consiguiente, no nace la obligación de alta en el Régimen General para los funcionarios transferidos que, a través del mecanismo de promoción interna, acceden a cuerpos propios de las administraciones autonómicas a las que fueron transferidos [STSJ (Cont-Adv.) Andalucía/Granada de 19-6-2000 (RJCA 1415)]. En contra, vid. STSJ (Social) del País Vasco de 3-2-2004 (JUR 144998).

⁴⁵ Vid. art. 2 RD 2545/1980, de 21 de noviembre.

En el mismo sentido, queda encuadrado en el Régimen General el personal – funcionario y no funcionario- de organizaciones internacionales intergubernamentales, al que se permite celebrar un convenio especial en los términos establecidos por las normas correspondientes⁴⁶. También pueden suscribir un convenio especial los incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social español que pasen a prestar servicios para la Administración de la Unión Europea, siempre que opten por transferir sus derechos de Seguridad Social al instrumento de previsión comunitario pertinente⁴⁷, lo que se hará en los términos de la DA 9ª Real Decreto Legislativo 670/1987 y del RD 2072/1999, de 30 de diciembre⁴⁸.

Polémicas doctrinales y disputas jurisprudenciales al margen⁴⁹, el art. 1 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, califica el vínculo como «relación funcional especial», lo que no es obstáculo para su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social [art. 17.1.i) Ley 55/2003]⁵⁰. La misma solución se ha adoptado respecto del personal de administración y servicios de las universidades, lo que no ofrece dudas cuando se trate de trabajadores asalariados, pero sí planteaba más dificultades respecto de los funcionarios. En cualquier caso, su expresa exclusión del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, art. 3.2.h) Real Decreto Legislativo 4/2000, obliga a decantarse por la incorporación al Régimen General, pues no parece que la exclusión de todo mecanismo de protección deba ser una opción para un colectivo que desarrolla una actividad profesional expresamente listada en el art. 7 LGSS.

⁴⁶ Vid. RD 2805/1979, de 7 de diciembre; RD 1975/1982, de 24 de julio; RD 317/1985, de 6 de febrero; RD 1658/1998, de 24 de julio y art. 14 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre

⁴⁷ Vid. M.J. DOLZ LAGO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 375 y ss.; AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, Paris, 1993, pp. 410 y ss.

⁴⁸ Vid. DA 5ª LGSS y art. 13 Orden TAS/2865/2003.

⁴⁹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 23 y ss.; T. SALA FRANCO, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 19 y ss.

⁵⁰ Vid. J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación*, AS, nº 21, 2004, pp. 61-63; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro*, RL, Tomo I, 2001, pp. 421 y ss.; E. MOLINA NAVARRETE y C. MOLINA NAVARRETE, “El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su estatuto especial”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004, pp. 329 y ss.

Por su parte, la DA 2ª Ley 50/1998 concedió al Gobierno un plazo de seis meses para la integración en el Régimen General del personal de la Administración de la Comunidad Foral y de las Entidades Locales de Navarra excluido de la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, mandato aún no cumplido⁵¹. Los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra cuentan con una serie de montepíos específicos que actúan como entidades sustitutorias, por lo que este colectivo se mantuvo al margen del Sistema de Seguridad Social tras la desaparición de la MUNPAL, como expresamente estableció la DA 1ª Ley 11/1960, de 12 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Las dificultades económicas han hecho inviable la pervivencia de esos montepíos, y por ello la Ley Foral de Navarra 9/1992, de 23 de junio, estableció que a partir de 1 de enero de 1992 los funcionarios de nuevo ingreso en la Administración de la Comunidad Foral y en sus organismos autónomos deberían quedar comprendidos en el Sistema de Seguridad Social, en concreto en el Régimen General, al igual que dispuso la Ley Foral 13/1993, de 30 de diciembre, respecto de los funcionarios de nuevo ingreso de las administraciones locales de la Comunidad Foral. Las CCAA, claro está, no pueden alterar la conformación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social procediendo a incorporaciones constitutivas; ahora bien, el art. 97.2.h) LGSS declara comprendidos en el Régimen General a esos funcionarios, por lo que las leyes autonómicas únicamente recuerdan la obligación de ingresar en el Sistema para un colectivo que ha quedado excluido de una entidad sustitutoria.

Respecto de los funcionarios que se habían incorporado a los montepíos con anterioridad al 1 de enero de 1992, deben permanecer en ellos en tanto no se detallan las condiciones de la integración. La DA 2ª Ley 50/1998 responde precisamente a esa situación, y de ahí la explícita referencia a «integración», que implica la necesidad de determinar la manera en la que se ha de realizar, en particular el respeto a los derechos adquiridos y en curso de adquisición. En tanto se definen esas condiciones, la Ley Foral de Navarra 10/2003, de 5 de marzo, ha establecido el régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los montepíos de las administraciones públicas de

⁵¹ J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, "Artículo 10", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 193.

Navarra, en consonancia con su DA 13ª, que encomienda al Gobierno de Navarra la negociación con el Gobierno de la Nación de las condiciones de «integración del sistema transitorio que establece esta Ley Foral en el Régimen General de la Seguridad Social, tomando como referencia las condiciones de integración de la MUNPAL en el año 1993».

Por lo que se refiere a los funcionarios estatales, se mantiene en líneas generales la situación instaurada en 1926, basada principalmente -tras la subsunción de la Ayuda Familiar⁵² entre el mutualismo y las prestaciones familiares del Sistema de Seguridad Social⁵³- en dos ejes: las clases pasivas y el mutualismo. En cuestión de clases pasivas los funcionarios estatales tienen un régimen común, regulado por el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 30 de abril de 1987. Sin embargo, la situación del mutualismo difiere en cuanto a su organización y gestión, pues en los años setenta, con leyes vigentes hasta el año 2000, se reestructuró la protección de las Fuerzas Armadas (Ley 28/1975, de 27 de junio, derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio), de los funcionarios civiles del Estado (Ley 29/1975, también de 27 de junio, derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio⁵⁴) y de los funcionarios de la Administración de Justicia (Real Decreto-Ley 16/1978, de 7 de junio, derogado y sustituido por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio)⁵⁵.

Para evitar los males que habían socavado el mutualismo funcional, se buscó la refundición de todas las mutualidades existentes en una única para cada colectivo, surgiendo así el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y la Mutualidad General Judicial, que se ocupan de la gestión de cada uno de los regímenes especiales (excepción hecha de las Clases Pasivas, gestionadas directamente por el Estado). En consecuencia, los rasgos que históricamente

⁵² Vid. I. LÓPEZ PENA, "La ayuda familiar en el sistema de previsión social de la función pública", en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 171 y ss.

⁵³ La Disposición Adicional Novena Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, estableció las prestaciones familiares por hijo a cargo en los regímenes de funcionarios, y remitió a la Ley de Prestaciones no Contributivas para su regulación. De ahí que a partir de ese momento las prestaciones familiares de los funcionarios fuesen las mismas que las de los trabajadores asalariados (arts. 180 y ss. LGSS en relación con la DA 8ª de la propia LGSS); vid. B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 85.

⁵⁴ Desarrollado por el RD 375/2003, de 28 de marzo.

⁵⁵ Vid. A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 180.

han caracterizado el sistema de protección social de los funcionarios públicos subsisten en el momento presente⁵⁶.

La separación entre funcionarios y trabajadores asalariados en materia de Seguridad Social es característica común en gran parte de Europa, pero en España además se ha consolidado una división entre funcionarios civiles del Estado, funcionarios militares, funcionarios locales, funcionarios de la Administración Institucional, funcionarios de la Administración de Justicia y la más reciente de los funcionarios autonómicos. Pueden encontrarse argumentos para justificar un régimen especial de Seguridad Social propio de la Función Pública, como «las características del grupo social a proteger» o «los propios aparatos administrativos de gestión, la importancia de los recursos económicos comprometidos, la especial naturaleza de las normas sobre retribución y demás costos del funcionariado (Leyes presupuestarias), etc»⁵⁷; pero ya hace más de cuatro décadas se advertía que la protección social de los funcionarios públicos no ha instrumentalizarse necesariamente al margen de los mecanismos previstos para los trabajadores asalariados, puesto que es «un problema de elección del punto de vista el que determina la disciplina en la que debe realizarse el estudio»⁵⁸. Los funcionarios pueden gozar de instituciones propias de previsión social al margen del Sistema de Seguridad Social, o estar incluidos en éste, sea en el Régimen General sea con un régimen especial, porque no existen obstáculos técnicos para ello⁵⁹.

Sin embargo, a corto o medio plazo parece difícil que la situación descrita varíe sustancialmente. Las presiones de los propios funcionarios han «eternizado»⁶⁰ unos instrumentos que carecen ya de justificación técnico-jurídica. La teórica unificación que supuso la Ley de Bases de 1963 queda en entredicho a causa de que «el sistema administrativo está separado, y en buena medida es autónomo, respecto del sistema laboral»

⁵⁶ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 28.

⁵⁷ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «La Seguridad Social en la Constitución española», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1489.

⁵⁸ Cfr. M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 16.

⁵⁹ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pág. 48.

⁶⁰ Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente*, RTSS (CEF), nº 183, 1998, pág. 93.

de Seguridad Social⁶¹. El arraigo del Mutualismo es importante entre la función pública española; muchos años de historia lo contemplan. Pero también la MUNPAL era un mecanismo con tradición, y mucho más sofisticado -aunaba la protección de clases pasivas y clases activas- y aun así desapareció. A la postre, mientras la pervivencia de las mutualidades y/o del Régimen de Clases Pasivas sea económicamente viable, es probable que falte el estímulo suficiente para que se acometa decididamente una reforma que se ha demorado en exceso por el indudable coste político que supone.

3- La ubicación y distribución de los funcionarios públicos en el Sistema

Excepción hecha de los incorporados al Régimen General, la situación de los funcionarios públicos en materia de Seguridad Social puede hacer dudar de su efectivo ingreso en el Sistema. Sus mecanismos de protección, diversificados en las tres mutualidades y el Régimen de Clases Pasivas, común a todos ellos, no presentan paralelismo alguno con los regímenes del Sistema de Seguridad Social. La gestión no se encomienda a ninguna de las Entidades Gestoras del Sistema, ni la TGSS es servicio común. La financiación, asimismo, se rige por criterios diferentes, entre los que destaca la significativa reducción de la importancia de las cotizaciones en comparación con el resto de regímenes; el sustento principal lo constituyen las aportaciones del Estado⁶². En cualquier caso, los funcionarios y sus regímenes especiales son piezas que componen la estructura del Sistema a tenor de los arts. 7 y 10 LGSS, y las normas de aplicación general suelen contemplarlos expresamente, aunque con la finalidad de declarar la inaplicación de la medida correspondiente⁶³.

Desde esta perspectiva, los funcionarios públicos se encontrarían en la periferia del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, incluidos formalmente, pero excluidos *de facto*; se justifica así una somera referencia a los regímenes de funcionarios públicos en

⁶¹ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, "La Seguridad Social en la Constitución española", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1490.

⁶² Vid. arts. 28 a 30 Real Decreto Legislativo 1/2000, 22 a 24 Real Decreto Legislativo 3/2000, 33 a 35 Real Decreto Legislativo 4/2000 y art. 23 Real Decreto Legislativo 670/1987.

⁶³ A modo de ejemplo, vid. DA 24ª LGSS, que excepciona a esos regímenes de las medidas de inspección y recaudación; art. 1.3 RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que declara esa norma de aplicación supletoria a los

el análisis del campo de aplicación del Sistema. Posiblemente la delimitación pueda extraerse de una interpretación *contrario sensu* a partir de lo ya dicho, por cuanto pertenecerán a esos mecanismos específicos de protección los funcionarios públicos no incorporados al Régimen General. No obstante, conviene proceder a una parcelación mayor, determinando asimismo las fronteras de cada uno de esos instrumentos.

Respecto del Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, su ámbito subjetivo se detalla en el art. 3 y en la DA 1ª del Real Decreto Legislativo 4/2000. En aplicación de esos preceptos, determinados colectivos quedan obligatoriamente comprendidos, mientras que otros cuentan con un derecho de opción. En primer término, la obligación afecta a los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado, lo que supone un cambio de encuadramiento a favor de MUFACE cuando se adquiriera la condición de funcionario sin que se haya reconocido la opción de conservar el régimen de procedencia⁶⁴. Junto a los funcionarios de carrera, están incluidos en este régimen especial los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado⁶⁵ [los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos o Escalas de Funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas deben proceder al alta en el Régimen General; art. 97.2.h) LGSS]⁶⁶; los profesores universitarios que alcancen la condición de funcionario público⁶⁷; quienes habían adquirido

regímenes de funcionarios; o DA 1ª Orden TAS/2865/2003, a tenor de la cual el convenio especial no es de aplicación a los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos.

⁶⁴ Así ocurrió con el profesorado de Educación Física, Enseñanzas del Hogar y la extinguida disciplina de Educación Cívico-Social y Política. El art. 4 RD 1467/1988 los integró en el Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias, grupo B, en situación «a extinguir», si bien permitía en su art. 4 la conservación del régimen de Seguridad Social que tuvieran con anterioridad. La STS (Cont-Adv.) de 5-12-1997 (Ar. 9326) consideró nulo dicho precepto, pues disponiendo la Ley, como regla general, su incorporación al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, no puede excepcionarse tal obligación por vía reglamentaria.

⁶⁵ La obligación surte efectos desde el día de inicio del período de prácticas, salvo que ya tuvieran la condición de mutualistas (art. 3 Real Decreto Legislativo 4/2000); lógicamente, causan baja si no llegan a alcanzar la condición de funcionarios de carrera (art. 13 RD 375/2004).

⁶⁶ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y F. OLIVARES FRANCO, *Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE*, RPS, nº 144, 1984, pp. 18-20.

⁶⁷ En otros países los profesores universitarios y no universitarios, de universidades públicas o privadas, se equiparan a los trabajadores asalariados, al menos los de un determinado grado. Así sucede en Paraguay, donde el Decreto-Ley nº 1.860/50, que modifica el Decreto-Ley nº 18.071/43, por el que se crea el Instituto de Previsión Social, declara comprendidos en el seguro obligatorio de accidentes, enfermedad y maternidad a «los maestros y catedráticos de enseñanza privada: primaria, normal, media, profesional y de idiomas», a los «maestros y catedráticos de la enseñanza primaria y normal de la República, que dependen del Ministerio de Educación y Culto, de acuerdo con la Ley nº 537 del 20 de septiembre de 1958», a los «catedráticos de la

la condición de funcionario cuando se decidió la incorporación de su cuerpo, escala o colectivo funcional al Régimen General (interinos nombrados con anterioridad al 1 de enero de 1965)⁶⁸; así como los funcionarios de entes administrativos desaparecidos⁶⁹ (DA 1ª Real Decreto Legislativo 4/2000)⁷⁰.

Frente a esos colectivos, integrantes “naturales” del Régimen Especial de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, han quedado comprendidos en el mismo otros muchos a los que, en uno u otro momento, se les concedió un derecho de opción. Con carácter general, la DA 4ª Ley 21/1993 dispone que «cuando una única prestación de servicios sea causa de la inclusión obligatoria de un funcionario público en más de un Régimen de Seguridad Social, podrá optar, por una sola vez, por pertenecer exclusivamente al Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios públicos que le corresponda»; y añade que «si la doble afiliación afecta a dos Regímenes Especiales de funcionarios podrá optar, también por una sola vez, por pertenecer a uno solo de ellos».

De forma más concreta, la opción fue atribuida a los funcionarios civiles al servicio de la Administración Militar que en su momento quedaron comprendidos en el Régimen Especial del personal al Servicio de las Fuerzas Armadas⁷¹. Pueden optar asimismo entre el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado y el Régimen Especial de la

educación media, profesional y de idiomas dependientes del Ministerio mencionando», así como a los «catedráticos universitarios de instituciones públicas y privadas» (art. 2).

⁶⁸ Vid. Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre, y Orden de 28 de abril de 1967.

⁶⁹ La DA 1ª menciona al personal funcionario del extinguido Servicio de Pósitos, a partir de 1 de enero de 1985; a los funcionarios del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo, apartado uno, 2, de la DT 2ª RD 187/1987, de 23 de enero, se encontrasen acogidos al Régimen de Clases Pasivas del Estado, a partir de 30 de junio de 1990; a los funcionarios procedentes del extinguido Servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales [art. 3.d) del RD 375/2003], pues la DT 1ª del RD 2856/1978, de 1 de diciembre, señalaba que con efectos de 1 de enero de 1979 los funcionarios de ese organismo se integrarían en la plantilla a extinguir, debiendo regirse por la legislación de Funcionarios Civiles del Estado, y se les concedía el plazo de un año desde la entrada en vigor del RD 2856/1978 para optar por reintegrarse a su Cuerpo de procedencia o pasar en el mismo a la situación de excedencia voluntaria para continuar definitivamente en la plantilla a extinguir, conservando entre tanto la situación administrativa que en esos momentos tenían en su cuerpo de procedencia; y a los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos del Servicio de Vigilancia Aduanera (art. 56.14 Ley 66/1997, de 30 diciembre, apartado añadido por el art. 48.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

⁷⁰ Recuérdese que la DA 13ª Ley 30/1984 estableció que «los funcionarios que en virtud de lo dispuesto en las disposiciones adicionales de esta Ley se integren en otros Cuerpos o Escalas conservarán el régimen de Seguridad Social que tuvieran a la entrada en vigor de la misma».

⁷¹ La DA 1ª Ley 4/1990 concedió a los funcionarios civiles de la Administración del Estado que prestasen servicios en la Administración Militar o en sus organismos autónomos y estuviesen afiliados con carácter obligatorio al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el derecho a optar por su incorporación al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, con efectos de

Seguridad Social de las Fuerzas Armadas los funcionarios procedentes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar integrados en los Cuerpos de la Administración Civil del Estado -en virtud de lo dispuesto en el apartado uno de la DA 9ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública- que presten servicios en la Administración Militar o en sus organismos públicos⁷². Y el mismo derecho se reconoció a los titulares de las plazas no escalafonadas a extinguir de Matronas de la Dirección General de la Guardia Civil⁷³.

Finalmente, pueden optar por incorporarse a este régimen -aunque con la acción protectora limitada-⁷⁴ determinados funcionarios jubilados, bien porque percibieran pensiones de Clases Pasivas a 20 de julio de 1975, o bien porque fueran pensionistas de jubilación de Clases Pasivas con anterioridad a 30 de junio de 1990 procedentes del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax. Por el contrario, quedan excluidos los funcionarios comprendidos en otro régimen⁷⁵, sea porque se encuentran en el ámbito subjetivo de alguno de ellos incondicionalmente, sea porque pudiendo optar o haber optado por el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado no lo hayan hecho⁷⁶, sea porque pese a acceder a la función pública una disposición legal expresamente ha previsto su permanencia en el régimen de Seguridad Social originario.

Por su parte, la situación de los catedráticos y profesores de universidad que desempeñan plazas vinculadas con las instituciones sanitarias de la Seguridad Social ha sufrido diferentes vicisitudes. El RD 1558/1986, de 28 de junio, les concedía la opción de

1 de diciembre de 1990. La DA 3ª Ley 39/1992 volvió a conceder ese mismo derecho, que debía ejercitarse en los primeros cuatro meses de 1993, con efectos de 1 de julio de ese año.

⁷² Vid. DA 1ª, apartado 3, Real Decreto Legislativo 4/2000.

⁷³ Vid. DA 1ª, apartado 3, Real Decreto Legislativo 4/2000.

⁷⁴ Únicamente se dispensará protección cuando requieran asistencia sanitaria, o prestaciones de servicios sociales y asistencia social, y siempre que no reciban dicha protección en otro régimen del Sistema; vid. DA 1ª, apartado 2, Real Decreto Legislativo 4/2000 y DA 3ª RD 375/2003.

⁷⁵ Art. 3.2 Real Decreto Legislativo 4/2000.

⁷⁶ A tenor de la DA 2ª del Real Decreto Legislativo 4/2000 y del art. 11 RD 375/2003, los funcionarios que, en virtud de lo dispuesto en las disposiciones adicionales de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se integraron en Cuerpos y Escalas incluidos dentro del campo de aplicación del mutualismo administrativo conservan el régimen de la Seguridad Social que tenían a la entrada en vigor de la citada Ley. No obstante, y como se ha dicho, se concede un derecho de opción a los funcionarios procedentes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar que presten servicios en la Administración Militar o en sus organismos públicos. En el mismo sentido, los miembros del extinguido Cuerpo de la Policía Armada, así como del igualmente extinguido Cuerpo de la Policía Nacional, jubilados con anterioridad a 1 de febrero de 1986, permanecen en el Régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

continuar incluidos en el Régimen General (DT 10ª)⁷⁷. Los que ejercitaron esa opción permanecieron en el Régimen General hasta que el art. 27 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, decidió incorporarlos al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, si bien se concedió nuevamente una opción, ejercitable hasta 30 de abril de 2000, para mantenerse en el Régimen General. Quienes no pudieron acogerse a este derecho de opción, por haberse suscrito el convenio con la institución sanitaria con posterioridad al 1 de enero de 2000, gozaron de una nueva oportunidad gracias al art. 40 de la Ley 24/2001. Los catedráticos o profesores de cuerpos universitarios, o quienes desempeñasen una plaza complementaria como personal estatutario o asimilado de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social a la entrada en vigor de esos conciertos, pudieron optar de nuevo, 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 encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. En defecto de opción por el Régimen General procedería obligatoriamente la incorporación al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado⁷⁸; si optaron por el Régimen General permanecerán en él hasta que se desvinculen de la plaza de facultativo especialista, momento en el que, de continuar en el ejercicio de su función docente, quedarán obligatoriamente comprendidos en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado⁷⁹.

También pueden optar entre el Régimen General y el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los sanitarios locales, que hayan simultaneado las funciones propias de sus cuerpos con los servicios correspondientes a plazas de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, cuando el doble desempeño de funciones se transforme en una única prestación de servicios. Si la transformación tuvo lugar con anterioridad al 1 de enero de 2001, la opción debió ejercitarse antes del 30 de junio del año 2001, con efectos desde el 1 de julio del mismo año⁸⁰; en caso de transformación posterior, la opción debe –o ha debido– ejercitarse en el plazo de seis meses

⁷⁷ DT que fue añadida por el RD 644/1988, de 3 de junio.

⁷⁸ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Administrativización y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento*, RL, nº 7, 2002, pp. 98-100.

⁷⁹ Vid. art. 27 Ley 55/1999, art. 40 Ley 24/2001 y DA 5ª Real Decreto Legislativo 4/2000.

desde dicha transformación, tomándose esta fecha como referencia para situar los efectos de la opción. A diferencia de los docentes con plaza vinculada⁸¹, el transcurso del plazo sin ejercicio de opción conlleva el encuadramiento en el Régimen General⁸².

Permanecen en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado los funcionarios transferidos que no ingresen voluntariamente en los cuerpos o escalas propios de la Comunidad Autónoma, como por otra parte ya advertía la DA 3ª Ley 30/1984. El apartado 3 de esa DA, vigente en la actualidad⁸³, dispone expresamente que «los funcionarios transferidos a las CCAA continuarán con el sistema de Seguridad Social o de previsión que tuvieran originariamente, asumiendo las CCAA todas las obligaciones del Estado o de la Corporación Local correspondiente en relación con los mismos». Aunque la situación es peculiar, porque no se trata de una transferencia, permanecen en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado los funcionarios al servicio de determinadas instituciones privatizadas, como sucede con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos⁸⁴.

Por lo que se refiere al Régimen Especial del Personal al Servicio de la Administración de Justicia, el art. 402.2 LOPJ impone al Estado el deber de garantizar «un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y Magistrados y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación». Pero el ámbito subjetivo del Régimen Especial del Personal al Servicio de la Administración de Justicia es más amplio, pues pertenece al mismo todo el que tenga tal condición en los términos de la LOPJ (magistrados, jueces y fiscales de carrera, secretarios judiciales, oficiales, auxiliares, agentes y médicos forenses, según los arts. 470 y ss. LOPJ), así como los funcionarios en prácticas al servicio de la

⁸⁰ Art. 28 Ley 14/2000.

⁸¹ Vid. F. DURÁN LÓPEZ, *Las «plazas vinculadas» de los hospitales universitarios*, RL, Tomo II, 1990, pp. 1377 y ss.

⁸² Vid. DA 2ª RD 375/2003. Respecto de los funcionarios que prestaron servicios en dos plazas diferentes y no se integraron en la estructura de la Seguridad Social a través de los Equipos de Atención Primaria, hasta la Ley 14/2000 procedía un doble encuadramiento en el Régimen General y en Clases Pasivas. Como consecuencia, se han podido generar pensiones en ambos regímenes, que han sido consideradas compatibles a pesar de la prohibición de duplicidad de cobertura del art. 26 Real Decreto Legislativo 670/1987. Conviene recordar que la DT 3ª Ley 55/2003 dispone que «en la forma, plazo y condiciones que en cada servicio de salud, en su caso, se determine, el personal que percibe haberes por el sistema de cupo y zona se podrá integrar en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que se establece en esta Ley». Comoquiera que las competencias en materia de salud han sido transferidas a las CCAA, habrán de ser éstas las que regulen el régimen jurídico de este colectivo, propiciando en su caso la conversión del doble vínculo en uno solo; vid. SSTSJ de Cantabria de 25-3 y 7-5-2004 (JUR 135698 y 173137) y Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22-1-2004 (JUR 113117).

⁸³ Al contrario que los apartados uno y dos, derogados respectivamente por el Real Decreto Legislativo 4/2000 y por la LGSS 1994.

Administración de Justicia⁸⁵. El art. 22 RD 3283/1978, en vigor en tanto no se apruebe otra norma de desarrollo del Real Decreto Legislativo 3/2000⁸⁶, concreta el espectro de sujetos comprendidos en este Régimen Especial, mencionando diferentes colectivos y cuerpos; algunos, por cierto, ya extintos, aunque los años de servicios prestados en ellos se computan a los efectos oportunos.

El ámbito subjetivo de este Régimen alcanza al Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala, los Magistrados del Tribunal Supremo y los miembros de la Carrera Judicial; al Fiscal del Tribunal Supremo y los miembros de la Carrera Fiscal; al Cuerpo de Magistrados de Trabajo; a los miembros de los Cuerpos Especial Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado; a quienes integran los Cuerpos de Jueces y Fiscales de Distrito; a los miembros de los Cuerpos de Secretarios de la Administración de Justicia, Secretarios de Magistraturas de Trabajo y Secretarios de Distrito; a quienes integran el Cuerpo de Médicos Forenses y funcionarios con titulación superior del Instituto Nacional de Toxicología; a los miembros de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial⁸⁷; y a los Secretarios de Juzgados de Paz, Oficiales de Sala, Oficiales de los Tribunales Contencioso-Administrativos, funcionarios de la Escala Técnica a extinguir del Cuerpo Administrativo de los Tribunales y demás personal integrado en Cuerpos o Escalas al servicio de la Administración de Justicia⁸⁸.

Este Régimen Especial se dirige a los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, por lo que la MUGEJU no admite al personal de carácter temporal, que deberá proceder al alta en el Régimen General, como dispuso el RD 960/1990, de 13 de julio, y hoy reiteran, tras la modificación operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, los arts. 444.2 LOPJ, respecto de los secretarios sustitutos⁸⁹, y 495.2 LOPJ para los funcionarios

⁸⁴ Art. 58. Once Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁸⁵ Vid. art. 2 Real Decreto Legislativo 3/2000.

⁸⁶ Desarrollo normativo previsto en la DF 2ª del propio Real Decreto Legislativo 3/2000.

⁸⁷ Tradicionalmente denominados Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, hasta la reorganización operada por la LO 19/2003; vid art. 475 LOPJ.

⁸⁸ Vid. arts. 470 y ss. LOPJ.

⁸⁹ El art. 128.2 RD 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, dispone que «como norma general los secretarios judiciales se sustituirán entre sí»; en tal circunstancia el secretario permanece comprendido en el Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al Servicio de la Administración de Justicia. Pero a continuación añade que «con carácter

interinos en general⁹⁰. Coherentemente, los jueces y fiscales sustitutos con independencia de la duración de esa función⁹¹, los magistrados suplentes⁹² -pero no los eméritos-⁹³ y los médicos forenses⁹⁴, los oficiales, los auxiliares y los agentes interinos se encuadran en el Régimen General.

Las dificultades se plantean con los oficiales, auxiliares y agentes sustitutos (que no sean ya funcionarios de carrera lógicamente), por cuanto el RD 960/1990 únicamente incluye en el Régimen General a los interinos. La doctrina judicial no es unánime, y se pueden encontrar sentencias en ambos sentidos⁹⁵. El RD 960/1990 parte de la separación formal entre funcionario de carrera y funcionario de empleo o de carácter temporal, lo que podría conducir a la equiparación de interinos con sustitutos a estos efectos. Sin embargo, no cabe mantener esa interpretación. Los Oficiales, Auxiliares y Agentes interinos pueden ser nombrados «por necesidades del servicio cuando no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionario de carrera» entre personas que «deberán reunir los requisitos y titulación necesarios para el ingreso en el Cuerpo y demostrar su aptitud»⁹⁶. Por consiguiente, se trata de una prestación de servicios temporal

excepcional y subsidiario, una vez agotadas las posibilidades entre titulares, podrán ser nombrados secretarios sustitutos, aun sin pertenecer al Cuerpo de Secretarios Judiciales, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, ostentando los mismos derechos y deberes del secretario titular y con idéntica amplitud que éste»; estos secretarios sustitutos están incluidos en el Régimen General (444.2 LOPJ). Asimismo, el RD 4/2006, de 13 de enero, declara comprendidos en el Régimen General a los secretarios judiciales en régimen de provisión temporal, fórmula a extinguir (DT 2ª y 3ª RD 1608/2005) dirigida a cubrir con personal no perteneciente al Cuerpo de Secretarios Judiciales «las Secretarías que hayan de ser servidas por miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de la última categoría que resulten desiertas en los concursos de traslado y no puedan ser provistas hasta que se celebren nuevas pruebas de ingreso en dicho cuerpo, cuando no puedan atenderse adecuadamente mediante el mecanismo ordinario de sustitución o este sea insuficiente para asegurar su regular funcionamiento» (art. 38 RD 429/1988). La inclusión en el Régimen General estaba ya prevista en el art. 39 del derogado RD 429/1988, de 29 de abril.

⁹⁰ Vid. arts. 130 y ss. del Reglamento número 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, publicado como Anexo I al Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE 13 julio 1995).

⁹¹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 21-10-2003 (Ar. 7253).

⁹² Vid. STS (Cont-Adv.) de 2-7-2001 (Ar. 6575).

⁹³ Art. 1.2.a) RD 960/1990 tras el RD 4/2006, de 13 de enero.

⁹⁴ Recuérdese que en este cuerpo se integraron, por mandato de la LO 7/1992, de 20 de noviembre, los Médicos del Registro Civil, cuyo Cuerpo se declaraba extinguido.

⁹⁵ La STSJ (Social) de Cataluña de 9-11-1995 (AS 4448) aboga por la inclusión de los auxiliares sustitutos en el Régimen Especial de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, mientras que la STSJ (Cont-Adv.) de Aragón de 23-2-2002 (JUR 196178) incluye a los agentes sustitutos en el Régimen General.

⁹⁶ Cfr. art. 59 RD 249/1996, de 16 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia.

que efectuada por quien no ostenta la condición de funcionario justifica su incorporación al Régimen General⁹⁷.

Por el contrario, «los oficiales, auxiliares y agentes con destino en Tribunales y Juzgados de la misma localidad se sustituirán entre sí, cualquiera que sea su grado, en los casos de vacante, ausencia, licencia, permiso u otro motivo legal, con los efectos económicos que pudieran establecerse»⁹⁸. De este modo, la sustitución supone una movilidad interna dentro de la Administración, mientras que la interinidad provoca, o puede provocar, un incremento de plantilla mediante el recurso a personal externo a la propia Administración. Los oficiales, auxiliares y agentes sustitutos ya son funcionarios de la Administración de Justicia y habrán de permanecer en el Régimen Especial del Personal al Servicio de la Administración de Justicia. Las dificultades prácticas provienen de deficiencias en la calificación, por cuanto en ocasiones se designan como sustitutos, o al menos así consta formalmente, a personas que se han presentado a las pruebas de acceso a los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y de Auxilio Judicial, pero no las han superado, en lugar de a los oficiales, auxiliares y agentes de los Tribunales y Juzgados de la localidad. Claro está, si el nombrado como sustituto fuera un oficial, auxiliar o agente interino -el art. 60 RD 249/1996 no lo impide- se mantendría el encuadramiento en el Régimen General.

Más particularidades presentan los jueces de paz —que ejercen funciones jurisdiccionales⁹⁹ e incluso los secretarios de juzgados de paz, a pesar de la alusión expresa a estos últimos en el art. 22 RD 3283/1978. Los arts. 50 y 51 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial¹⁰⁰ regulan ambas situaciones, distinguiendo en función del número de habitantes de la población correspondiente y del volumen de trabajo. Se establece como umbral los siete mil habitantes, pero en realidad esos preceptos toman como principal criterio la carga de trabajo, ya que, cuando el volumen de asuntos lo justifique, y con independencia del número de habitantes, han de ser designados para esos puestos

⁹⁷ Art. 1.2.c) RD 960/1990, en la redacción dada por el RD 4/2006, de 13 de enero.

⁹⁸ Cfr. art. 60 RD 249/1996, de 16 febrero.

⁹⁹ A tenor del art. 298.2 LOPJ «también ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos».

¹⁰⁰ Ley 38/1988, de 28 de diciembre.

funcionarios de la Administración de Justicia, que permanecerán en el mismo régimen de Seguridad Social en el que estuvieran incluidos.

El problema se plantea en ámbitos con menos litigios, donde no se requiere esa “profesionalización” de los juzgados de paz. En tales casos, con independencia del número de habitantes «se prestará servicio por personal dependiente del Ayuntamiento» (art. 51 Ley de Demarcación y Planta Judicial) y «el Ayuntamiento nombrará una persona idónea para el desempeño de la Secretaría» (art. 50 de esa misma norma)¹⁰¹, por lo que el ejercicio de estas funciones no se articula mediante un contrato de trabajo¹⁰². La actividad, como tal, no está protegida por el Sistema, de modo que su desempeño no actuará como detonante del alta en ninguno de sus regímenes. El art. 7 LGSS no los incluye, y no pueden ser considerados funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Sin embargo, el hecho de que la propia Ley de Demarcación y Planta Judicial los califique como «personal» al servicio del Ayuntamiento ha permitido otras soluciones en sede jurisdiccional, como su inclusión en la mención del art. 97.2.d) LGSS al «personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local»; a partir de esa interpretación, en buena medida forzada, se posibilita su ingreso en el Sistema, en concreto en el Régimen General, como asimilados a trabajadores asalariados¹⁰³.

En lo relativo al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2000 declara comprendidos en el mismo, de forma obligatoria, a los funcionarios militares. Sin embargo, un análisis detenido de la regulación vigente motiva una revisión de este primer acercamiento, porque se admite el ingreso de ciertos colectivos que prestan servicios para la Administración Militar, aunque no pertenezcan a cuerpos de funcionarios militares¹⁰⁴. Por consiguiente, han de incorporarse a ese Régimen Especial los militares de carrera de las Fuerzas Armadas; los militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas; los militares profesionales de tropa y marinería, en tanto subsista su relación de servicios con

¹⁰¹ «Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán nombrados para un período de cuatro años por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. El nombramiento recaerá en las personas elegidas por el respectivo Ayuntamiento»; cfr. art. 101 LOPJ y art. 4 Reglamento número 3/1995, de 7 de junio, de los Jueces de Paz, publicado como Anexo IV al Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE 13 julio 1995).

¹⁰² Vid. SSTSJ de Galicia de 18-2-1998 (AS 435) y de Castilla y León/Valladolid de 21-4-1998 (AS 5850).

¹⁰³ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 30-4-2001 (AS 1614).

las Fuerzas Armadas¹⁰⁵; los alumnos de los centros docentes militares de formación y de los centros militares de formación; los militares de reemplazo; los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho Cuerpo; los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hayan ejercido la opción de incorporarse al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como, en su caso, los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos; y el personal regido por el Estatuto de Personal del Centro Superior de Información de la Defensa. Ahora bien, al igual que se prevé en los demás regímenes de funcionarios, si una misma prestación genera obligación de alta en varios regímenes, el funcionario debe optar por uno de ellos¹⁰⁶.

La relación anterior se limita, en principio, al personal militar –tanto de carácter permanente como temporal-, de modo que debe quedar excluido el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar¹⁰⁷. El lugar de prestación de servicios no puede operar una modificación en la naturaleza jurídica de la relación, por cuanto ni se trata de funcionarios ni de personal militar. Evidentemente, no se produce su exclusión de los mecanismos públicos de protección social, pues se trata, por lo general, de personal laboral al servicio de una Administración Pública, expresamente incluido en el Régimen General [art. 97.2.c) LGSS]¹⁰⁸. Por el contrario, deben ingresar en el Régimen Especial de las Fuerzas Armadas los reservistas voluntarios durante su situación de activado, siempre que no estén ya incluidos en otro régimen de Seguridad Social¹⁰⁹, así como los reservistas obligatorios que se incorporen a las Fuerzas Armadas, pero no los que ingresen al servicio

¹⁰⁴ Vid. M.J. DOLZ LAGO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, RSS, nº 10, 1981, pp. 48 y ss.

¹⁰⁵ Previsión en la que se incluye el denominado voluntariado especial, en aquellos supuestos en que esa figura mantenga virtualidad práctica tras la suspensión del servicio militar obligatorio; vid. Orden de 3 de octubre de 1989, en especial su art. 49; Decreto 3183/1968, de 19 de diciembre (BOE de 13 de enero de 1969), Orden de 25 de abril de 1978 (DO Ministerio del Ejército de 11 de agosto), RD 1954/1979, de 4 de agosto (BOE del 14), Orden de 11 de septiembre de 1970 (DO Ministerio del Ejército de 16 de septiembre), RD 99/1988, de 12 de febrero y Orden de 14 de diciembre de 1989 (BO Ministerio de Defensa del 26)

¹⁰⁶ Vid. M.J. LOPERA CASTILLEJO, *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 91-96.

¹⁰⁷ Art. 155 Ley 17/1999.

¹⁰⁸ El art. 56 RD 2205/1980, de 13 de junio, establece mejoras voluntarias para las prestaciones de IT y muerte y supervivencia, y también prevé alguna particularidad en materia de gestión de la IT; vid. M.D. GARCÍA VALVERDE, *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000, pp. 669 y ss.; F. VALDÉS DAL-RE, "Regímenes Especiales del personal no funcionario al servicio de la Administración Pública", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pp. 535 y ss.

de organizaciones con fines de interés general, pues éstos se regirán por «el régimen que corresponda a la prestación voluntaria de servicios en dichas organizaciones y no tendrán la condición de militar»¹¹⁰.

Todos estos colectivos quedan comprendidos en el Régimen Especial del Personal al Servicio de las Fuerzas Armadas cualquiera que sea su situación administrativa, incluido retiro o jubilación. Como únicas excepciones se contemplan la suspensión de empleo, la suspensión firme y la excedencia voluntaria cuando el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos; no obstante, ni siquiera en tales circunstancias se produce necesariamente la exclusión, pues se admite el mantenimiento del alta para los funcionarios incluidos en este Régimen Especial cuando pasen a cualquier situación que no produzca su baja definitiva en las Fuerzas Armadas y dejen de percibir sus haberes básicos (arts. 4 y 5 RD 2330/1978)¹¹¹. Para lograr su efectividad, la baja no tiene lugar automáticamente, y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas tiene la obligación de informar al interesado sobre los requisitos y condiciones para mantener el alta¹¹².

Por su parte, el Régimen de Clases Pasivas presenta un ámbito subjetivo peculiar, que, por un lado, excede de su dimensión natural, ya que no se limita estrictamente a los comprendidos en las tres mutualidades de funcionarios¹¹³; pero, por otro, también peca por defecto¹¹⁴. Los arts. 2 y 3 Real Decreto Legislativo 670/1987 –norma de referencia, aunque complementada por otras¹¹⁵– detallan su ámbito subjetivo, en el que se incluyen colectivos

¹⁰⁹ DA 3ª Real Decreto Legislativo 1/2000.

¹¹⁰ Art. 183 Ley 17/1999.

¹¹¹ Téngase en cuenta que la DT 7ª Ley 17/1999 obliga a pasar a segunda reserva a quienes cumplan las condiciones para el retiro si ostentaban la categoría de Oficial General antes del 1 de enero de 1990; en tales casos, el precepto dispone que «el tiempo permanecido en esta situación, por ser asimilable al retiro, no será considerado como de servicios efectivos para la determinación de derechos pasivos, ni supondrá que se cotice al Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas».

¹¹² Vid. STSJ (Cont-Adv.) Madrid de 25-3-1999 (RJCA 2063).

¹¹³ Incluso podrían generar prestaciones, en los términos de la DA 10ª Real Decreto Legislativo 670/1987, quienes perdieron su condición de funcionario, si bien tal pérdida debió acontecer con posterioridad al 1 de enero de 1997; vid. STSJ de Madrid de 20-4-2002 (JUR 235924).

¹¹⁴ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988, pág. 94; J.L. TORTUERO PLAZA, “Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 109-110.

¹¹⁵ A modo de ejemplo, el Decreto 1120/1966, de 21 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, o el Decreto 1211/1972, de 13 abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos del personal militar y asimilado, Guardia Civil y Policía Armada, continúan vigentes (DD Primera del Real Decreto Legislativo 670/1987).

de no funcionarios¹¹⁶. Sin propósito exhaustivo, y como supuestos más particulares, está incluido en Clases Pasivas el personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares¹¹⁷ y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio¹¹⁸; y también el personal militar de empleo, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro¹¹⁹.

Entre las alusiones del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, resultan más significativas, por su evidente simbolismo, las inclusiones, como asimilados a funcionarios¹²⁰ -y con la acción protectora limitada a prestaciones por muerte y supervivencia-¹²¹, de los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los ex Presidentes del Tribunal Supremo y, a partir de 1 de enero de 1987, del Consejo General del Poder Judicial, los ex Presidentes del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado¹²², a los que habría que añadir los ex Jefes de la Casa Real, en virtud del art. 125 Ley 13/1996¹²³. Como fácilmente se deduce, aunque el Régimen de Clases Pasivas formara parte del Sistema de

¹¹⁶ Aunque en España se conoce alguna norma dirigida específicamente a los «veteranos de guerra», ese tipo de medidas tienen mayor incidencia en países con conflictos bélicos más frecuentes. Sin duda, Estados Unidos constituye un ejemplo evidente, y cuenta con detallada regulación para esas situaciones. El parágrafo 417 *Code of Federal Regulations* (enmarcado en el Título 42, Capítulo 7, Subcapítulo 2) lo demuestra fehacientemente respecto de los veteranos de la Segunda Guerra Mundial. Sobre la situación en Alemania, vid. B. SCHULIN, "Models and instruments of Social Security", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 145-147.

¹¹⁷ Vid. RD 1234/1990, de 11 de octubre.

¹¹⁸ Vid. RD 848/1993, de 4 de junio.

¹¹⁹ Vid. C. CALVO RAMÍREZ, *Régimen de Clases Pasivas de los Funcionarios del Estado*, RSS, nº 37, 1988, pp. 118 y ss.

¹²⁰ Vid. J. ESCOBAR JIMÉNEZ, *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Segunda Edición, Ibidem, Madrid, 1998, pág. 43.

¹²¹ Art. 51 Real Decreto Legislativo 670/1987.

¹²² Sobre los límites de tales pensiones, vid. SSTS (Cont-Adv.) de 17 y 23-2-2000 (Ar. 10111 y Ar. 9141), entre otras.

¹²³ Quedaron excluidos del Régimen de Clases Pasivas los militares del bando republicano, aunque conforme a la legislación de amnistía recibieron pensiones (arts. 8 y 9 Real Decreto-Ley 10/1976 y art. 7 Ley 46/1977). Los funcionarios civiles, sin embargo, gozaron de la posibilidad de reintegrarse al servicio activo, con las pertinentes consecuencias en materia de Seguridad Social, diferencia de trato que no fue considerada discriminatoria por la STC 63/1983, de 20 de julio (interesante resulta también, a estos efectos, la STC 116/1987, de 7 de julio); vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 102-103.

Seguridad Social, las clases pasivas no serían sujetos comprendidos en el Sistema, sino beneficiarios de prestaciones.

4- Funcionarios de empleo y contratados administrativos

Los funcionarios de empleo no son considerados por el Sistema de Seguridad Social como funcionarios, nunca lo han sido, sino que fueron implícitamente asimilados a los trabajadores asalariados en virtud de la Ley de 26 de diciembre de 1958 y de su reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 386/1959¹²⁴, de 17 de marzo¹²⁵. La Ley de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado de 20 de julio de 1963 (Ley 109/1963) los había equiparado a funcionarios de carrera, pero la Ley Articulada de 7 de febrero de 1964, que cumplía los mandatos de esta Ley de Bases, exceptuó expresamente lo concerniente al Régimen de Clases Pasivas¹²⁶. El Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre (BOE del 25), y la Orden de 28 de abril de 1967 (BOE de 13 de mayo) ratificaron la exclusión de los funcionarios de empleo de los regímenes de funcionarios públicos, de modo que los nombrados con posterioridad al 1 de enero de 1965 (los nombrados con anterioridad continuaron en Clases Pasivas) habrían de quedar incorporados a los mismos mecanismos protectores que los trabajadores asalariados, como después recogería la LSS de 21 de abril de 1966 [art. 61.2 c)]. De esta forma, los funcionarios de empleo –que pueden ser interinos¹²⁷ o eventuales¹²⁸ a tenor del art. 3.3 Decreto 315/1964, de 7 de febrero¹²⁹- fueron

¹²⁴ La Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Seguros Sociales del Personal al Servicio del Estado, Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, no se refería expresamente a los funcionarios de empleo, pues su art. 1º establecía que «el personal de toda clase que, sin tener la condición de funcionario público, presta servicio al Estado, las corporaciones locales y sus respectivos organismos autónomos, en régimen de dependencia, tendrá derecho, en las mismas condiciones que los trabajadores al servicio de empresas privadas, a los beneficios de los seguros sociales obligatorios [...] actualmente existentes o a los que puedan establecerse, y a los de Accidentes de Trabajo, Mutualismo Laboral y Plus Familiar». Sin embargo, el art. 1 de su Reglamento aclaraba que «el derecho reconocido en el art. 1º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 alcanzará al personal fijo, interino o eventual [...] cualquiera que sea el trabajo que preste».

¹²⁵ BOE del 24.

¹²⁶ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “La reforma del Estatuto en la función pública civil y la Seguridad Social de los funcionarios”, en L.E. DE LA VILLA GIL, Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 44.

¹²⁷ «Son funcionarios interinos los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia»; cfr. arts. 5.2 y 104 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por la que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

asimilados a los trabajadores asalariados y encuadrados en el Régimen General¹³⁰, salvo que expresamente se estableciese la afiliación obligatoria a alguna de las mutualidades de funcionarios¹³¹. Se producía con ello la primera incorporación real de funcionarios al Sistema de Seguridad Social.

Por otra parte, y como es sabido, las Administraciones Públicas han gozado tradicionalmente de vías diversas para seleccionar a su personal, ya que junto a los funcionarios públicos, relación diseñada específicamente para ese ámbito, han podido acudir también al contrato de trabajo. A esas dos posibilidades se añadió, con objeto de flexibilizar el rigor de la normativa laboral, una fórmula de contratación pensada para una realidad muy diferente, pero que merced a las oportunas adaptaciones se asemejaba al contrato de trabajo¹³². El germen de la contratación administrativa se encuentra en la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, en el Decreto 1742/1966, de 30 junio 1966, de Contratación de Personal por la Administración Civil del Estado, y en el RD 3046/1977, de 6 de octubre, que aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local¹³³.

La relación entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo nunca ha sido pacífica, pues sus contornos no se han delimitado con la suficiente nitidez y precisión como para evitar roces, a pesar de que el legislador siempre ha pretendido que el régimen jurídico

¹²⁸ «El personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las CCAA y a los Presidentes de las Corporaciones Locales. El personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento»; cfr. art. 20.2 Ley 30/1984, de 2 de agosto.

¹²⁹ Vid. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública*, Sexta Edición, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 271-273.

¹³⁰ Vid. J. CARRASCO BELINCHÓN, "El Régimen de Seguridad Social de los empleados y obreros al servicio del Estado", en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Volumen 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 373-376; L.E. DE LA VILLA GIL, "Configuración de un Régimen Especial de Seguridad Social para Funcionarios Civiles del Estado", en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pp. 321-322; M.J. TOUBES MORENO, "La Seguridad Social de los funcionarios de empleo", en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 185 y ss.

¹³¹ Sobre una posible situación de desigualdad, vid. STSJ de Cantabria de 30-6-2004 (JUR 197257).

¹³² Vid. M. GARCÍA PIQUERAS, *El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo*, RL, nº 11, 1996, pp. 8 y ss.; F. VELÁZQUEZ CURBELO, *Manual práctico de contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 23 y ss.

¹³³ Vid. R. ANIORTE SANZ, *El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*, RTSS (CEF), nº 206, 2000, pp. 96 y ss.

de una y otra modalidad cuenta con diferencias sustanciales¹³⁴. La legislación laboral ha excluido tradicionalmente al personal de las Administraciones Públicas que deba regirse por normas administrativas¹³⁵, que proporcionan una intensidad tuitiva muy inferior al Derecho del Trabajo, lo que explica el alto índice de litigiosidad que tradicionalmente ha suscitado la diferencia entre ambas figuras¹³⁶. La diferencia se basó al principio en un criterio funcional, pues se reservaba el contrato de trabajo para tareas manuales, y el administrativo para labores administrativas o técnicas¹³⁷, sobre la base de una interpretación muy rigurosa del art. 25 RD 3046/1977, que en este punto fue calificado como un «claro desarrollo *ultra vires*»¹³⁸. Las insuficiencias de esta primera aproximación motivaron un cambio de orientación a mediados de los años ochenta, momento en el que la jurisprudencia consideró más conveniente atender a la voluntad de las partes plasmada en el contrato¹³⁹, de modo que las funciones no determinarían la naturaleza del vínculo, que vendría dada, a falta de mejor criterio, por la calificación del contrato que las propias partes efectuasen¹⁴⁰.

En la actualidad se defiende que la mera apariencia formal del contrato no puede ocultar la realidad subyacente, de manera que habrá contrato de trabajo cuando el objeto «no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación»¹⁴¹, en la medida que lo decisivo no es la naturaleza del servicio prestado, que puede ser idéntica en el contrato de trabajo y en el administrativo, sino el ámbito

¹³⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 11, 2005, pp. 1 y ss.

¹³⁵ Vid. art. 8 Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y art. 2.a) Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Esa exclusión encuentra amparo constitucional en los arts. 23.2 y 103.3 de nuestra Norma Suprema, y se justifica «por los principios de jerarquía y eficacia que deben regir el funcionamiento de la Administración, y por los caracteres de inamovilidad y sujeción especial que se suelen atribuir a los funcionarios públicos»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 173-174.

¹³⁶ Vid. T. SALA FRANCO, *La contratación temporal en la Administración Pública*, Poder Judicial, nº 3, 1986, pp. 164-167.

¹³⁷ Entre muchas otras, vid. SSTs de 22-6-1966 (Ar. 2809), de 24-5-1968 (Ar. 2821) y de 13-4-1973 (Ar. 1857) y SSTCT de 17-12-1979 (Ar. 7142) y de 17-1, 22-5 y 10-7-1980 (Ar. 174, Ar. 2941 y Ar. 4253).

¹³⁸ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La nueva configuración legal de la relación de empleo público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, 1985, pp. 8-9.

¹³⁹ A modo de ejemplo, vid. SSTs 9-3 y 21-12-1983 (Ar. 1129 y Ar. 6398) y de 23-1 y 24-5-1985 (Ar. 89 y Ar. 5201) y SSTCT de 8-1-1987 (Ar. 171), 19-1-1988 (Ar. 903) y de 4-5-1989 (Ar. 3212).

¹⁴⁰ Vid. M. ALONSO OLEA, «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas», en R. GÓMEZ-FERER MORANT, *Libro homenaje al profesor Jose Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 49 y ss.; R. ROQUETA BUJ, «La contratación administrativa de personal: evolución», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pp. 187 y ss.

¹⁴¹ Por todas, SSTs de 18-2 y de 29-9-1999 (Ar. 2015 y Ar. 7539).

normativo regulador, que impone unas condiciones y exigencias que permiten delimitar el contorno jurídico de ambas figuras¹⁴². En consecuencia, el mero sometimiento a normas de contratación administrativa no implica necesariamente que el contrato haya de calificarse como administrativo, pues para ello es menester que el objeto del contrato se ajuste perfectamente a una de las modalidades previstas para la contratación administrativa¹⁴³. A la postre, no puede olvidarse que «los problemas de delimitación son más bien problemas de utilización fraudulenta de estas figuras»¹⁴⁴, que «no serán corregidos más que en la medida que los cotos o limitaciones legal y judicialmente impuestas a este proceder de la Administración sean suficiente y ampliamente conocidos y terminantes en cuanto a su sanción»¹⁴⁵.

En lo que aquí interesa, debe partirse de la válida celebración de un contrato administrativo por una persona física, porque la persona jurídica podría tener relación con el Sistema de Seguridad Social en su condición de empleador, pero no como sujeto comprendido¹⁴⁶. Pese a que la mayor parte de supuestos conflictivos se han originado a resultas de la extinción de un contrato formalmente administrativo, con objeto de que se declarase la existencia de un despido improcedente o nulo¹⁴⁷, no puede olvidarse que la posición del contrato administrativo y la del contrato de trabajo en materia de Seguridad Social son muy diferentes. El art. 7 LGSS declara comprendidos en el ámbito del Sistema a los trabajadores asalariados y a los funcionarios públicos, pero no a los contratados administrativos; y tampoco el art. 97 LGSS recoge explícitamente una previsión sobre este colectivo. La LGSS sí los menciona, pero no en las normas que regulan el campo de aplicación del Sistema, o el de alguno de sus regímenes, sino en el ámbito de una concreta

¹⁴² Vid. STS de 2-2-1998 (Ar. 1248).

¹⁴³ Vid. SSTs de 21-1-1999 (Ar. 819) y de 17-9-2004 (Ar. 6047).

¹⁴⁴ Cfr. L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 181; abunda en la misma idea en pp. 190-192.

¹⁴⁵ Cfr. J.P. LANDA ZAPIRAÍN y OTROS, *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 41; en el mismo sentido, F.A. CASTILLO BLANCO, *Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*, REDA, nº 86, 1995, pp. 187 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA, *De nuevo sobre la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas*, AS, nº 7-8, 2005, pp. 32 y ss.

¹⁴⁶ Acerca de las ETT's como adjudicatarias de un contrato administrativo, vid. P. MADRID YAGÜE y B. QUINTANILLA NAVARRO, "Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 487 y ss.

prestación: la de desempleo. En efecto, el art. 205 LGSS declara expresamente comprendido en la protección por desempleo al personal contratado en régimen de derecho administrativo, siempre que tenga «previsto cotizar por esa contingencia».

Aunque la extensión personal de la protección por desempleo es mayor que la del Régimen General, en ningún caso puede exceder del campo de aplicación del Sistema, porque únicamente pueden causar prestaciones quienes se encuentran en su ámbito subjetivo, salvo excepciones tasadas (v.gr. pensionistas). De este modo, si los contratados administrativos están incluidos en la protección por desempleo, deberán también estarlo en el Sistema. Lógicamente, su inclusión ha de producirse por la vía de la asimilación, y ni el legislador ni el Ejecutivo han procedido a ella, al menos de forma concreta y expresa. Sin embargo, y a partir de una interpretación amplia, puede encontrarse sustento jurídico para la incorporación de los contratados administrativos en el art. 97.2 LGSS, cuyo apartado c) declara incluido en el Régimen General al «personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado» y el d) al «personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local» no incluido en otro régimen.

La referencia a «personal civil» resulta equívoca, pues la contraposición natural de esa expresión es el personal militar, y no parece ése el objeto de los preceptos citados, en los que ni siquiera hay referencia a los establecimientos militares. La LGSS parece buscar una expresión deliberadamente amplia, que acoja a todo el que preste servicios para una Administración Pública sin la condición de funcionario¹⁴⁸. El art. 97.2 LGSS dedica dos apartados al personal civil no funcionario, y no requiere específicamente su carácter laboral. Por consiguiente, a partir de una valoración conjunta de esos dos preceptos, 97.2 y 205 LGSS, parece que los contratados administrativos se encuentran comprendidos en el Sistema¹⁴⁹. No en vano, la jurisprudencia se ha valido de esas referencias para extender la

¹⁴⁷ Vid. L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *¿Contrato administrativo o laboral?: criterios de determinación*, AS, Tomo II, 2003, pp. 2928-2931.

¹⁴⁸ Vid. M.D. GARCÍA VALVERDE, *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000, pp. 676-677.

¹⁴⁹ Esa interpretación parece acogerse en A. MONTROYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pág. 425, nota 7; una mención genérica a «contratados administrativos», aunque matizando que es una situación a extinguir, efectúa A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, «Campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social», en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 71.

protección de la Seguridad Social a determinadas relaciones que explícitamente califica como administrativas¹⁵⁰.

Sin embargo, no puede olvidarse que la referencia del art. 205 LGSS al personal en régimen de derecho administrativo proviene del art. 3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, que ya declaraba comprendido en la protección por desempleo a ese colectivo. En ese momento la problemática distinción entre el contrato de colaboración temporal y el contrato de trabajo estaba en su apogeo, hasta el punto que la DA Cuarta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública vedó desde su entrada en vigor la posibilidad de celebración de esa modalidad de contrato administrativo ante las crecientes reivindicaciones de los vinculados por esa relación¹⁵¹. Los contratos de colaboración temporal presentaban evidentes similitudes con el contrato de trabajo, pues su objeto consistía en la realización de una actividad por cuenta ajena, en régimen de dependencia y a cambio de una retribución. De ahí el problema teórico de establecer una frontera precisa entre ellos, y las críticas que en su día suscitó la exclusión de los contratados en régimen de colaboración temporal de la protección por desempleo¹⁵².

El legislador no ha creído conveniente establecer mecanismos de coordinación entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo. El art. 5 Real Decreto Legislativo 2/2000 es clara muestra, ya que distingue entre contratos administrativos y contratos privados, mención esta última en la que incluye, entre otros, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, pero no el contrato de trabajo, porque desde la perspectiva del legislador la contratación administrativa se mueve en un plano diferente al de la contratación laboral, ocupando cada fórmula su propio espacio. Y la misma conclusión puede extraerse del art. 9 de dicha norma cuando consagra la doctrina de los actos separables.

La práctica ha demostrado que las fricciones son más frecuentes de lo deseable, y el legislador se ha decantado por la preeminencia del contrato de trabajo de manera drástica;

¹⁵⁰ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 13-11-1991 (Ar. 8394) y de 25-11-1998 (Ar. 9283).

¹⁵¹ Vid. A. OJEDA AVILÉS, *El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)*, REDA, nº 56, 1987, pp. 491-492.

¹⁵² Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, "Regímenes Especiales del personal no funcionario al servicio de la Administración Pública", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 532.

no ha establecido esas fronteras precisas entre el contrato administrativo y el de trabajo, sino que ha suprimido las modalidades de contrato administrativo que mayores interferencias o solapamientos provocaban. En consecuencia, los ejemplos de contratación administrativa resultan ya escasos. El contrato para trabajos específicos, concretos y no habituales tomó el relevo del contrato de colaboración temporal¹⁵³, pero esa modalidad contractual desapareció tras la Ley 53/1999¹⁵⁴, al menos nominalmente, pues la Administración puede celebrar contratos de consultoría, asistencia y servicios¹⁵⁵, que plantean similares incertidumbres¹⁵⁶, y en los que sin dificultad encajan los contratos para trabajos específicos, concretos y no habituales¹⁵⁷.

El contrato de consultoría y asistencia tiene como finalidad que un profesional ejecute una obra o preste un servicio excepcional que la Administración no puede cubrir con sus propios medios; para ello acude a un sujeto privado que realizará la labor encomendada, habitualmente con autonomía, ya que no se contrata el desarrollo de una actividad, sino la consecución de un determinado resultado¹⁵⁸. El art. 196.2.a) Real Decreto Legislativo 2/2000 establece como objeto propio de este contrato la elaboración de «informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social». La independencia con que se desarrolla la tarea es fruto del carácter predominantemente intelectual de la misma, que precisamente es uno de los objetivos de la Administración al contratar «con profesionales, en función de su titulación académica»¹⁵⁹,

¹⁵³ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los contratos administrativos para trabajos específicos, naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado*, TL, nº 41, 1997, pp. 15 y ss.; J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 231-238; A. PÉREZ LUQUE, *Personal temporal de las corporaciones locales*, Abella, Madrid, 1989, pp. 181 y ss.; A. PARDELL VEÀ, *Falsos autónomos en la Administración Pública*, RDS, nº 13, 2001, pp. 165 y ss.

¹⁵⁴ Esa supresión se debió a su «endémica utilización fraudulenta, y no a la futilidad que proclamaba el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 53/1999»; cfr. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado*, AS, nº 14, 2000, pp. 88-89.

¹⁵⁵ Arts. 196 y ss. Real Decreto Legislativo 2/2000 y arts. 195 y ss. RD 1098/2001.

¹⁵⁶ Vid. STSJ de Aragón de 20-3-2003 (AS 813).

¹⁵⁷ Vid. E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 300 y ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 189 y ss.

¹⁵⁸ Vid. R. ANIORTE SANZ, *El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*. RTSS (CEF), nº 206, 2000, pág. 134.

¹⁵⁹ Cfr. art. 196.2.b).4º Real Decreto Legislativo 2/2000.

aunque no necesariamente por la vía de la Ley de Contratos, porque el art. 83 Ley Orgánica 6/2001 puede servir como marco jurídico habilitante¹⁶⁰.

El contrato de consultoría y asistencia presenta diferencias esenciales con los antiguos contratos de colaboración temporal, y la posible asimilación a trabajadores por cuenta ajena, o la inclusión en el ámbito de aplicación de la protección por desempleo, suscitan dudas razonables, a pesar de la literalidad del art. 205 LGSS. A través del contrato de consultoría y asistencia se desarrolla una actividad profesional por cuenta propia que, por su carácter esporádico, debe quedar excluida del Sistema, a salvo de interpretación amplia del requisito de habitualidad en términos de rendimiento económico que, como se vio, sólo procede cuando no sea posible determinar el tiempo de dedicación¹⁶¹.

Sin embargo, el contrato de consultoría o asistencia puede tener como finalidad la de acometer «la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos»¹⁶² o la de llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, tareas de asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter o actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas¹⁶³. En esas condiciones puede producirse un solapamiento con el contrato de trabajo, que debe resolverse a favor de éste, con la consiguiente inclusión en el campo de aplicación del Sistema¹⁶⁴.

Por su parte, los contratos de servicios presentan más paralelismos con el contrato de trabajo, pues, a modo de ejemplo, la realización de encuestas o el mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones¹⁶⁵, pueden constituir

¹⁶⁰ A tenor de ese precepto, «los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación. Los Estatutos, en el marco de las normas básicas que dicte el Gobierno, establecerán los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos previstos en el apartado anterior, así como los criterios para fijar el destino de los bienes y recursos que con ellos se obtengan».

¹⁶¹ III.3.

¹⁶² Art. 196.2.a) Real Decreto Legislativo 2/2000.

¹⁶³ Art. 196.2.b) Real Decreto Legislativo 2/2000.

¹⁶⁴ Vid. STSJ de Cantabria de 4-10-2004 (AS 2920).

¹⁶⁵ Art. 196.3.e) y c), respectivamente, Real Decreto Legislativo 2/2000.

la prestación a desarrollar en un contrato de trabajo¹⁶⁶. El propio art. 196.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 permite celebrar un contrato de servicios para la «realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos» con una empresa de trabajo temporal; y en nada difiere, desde la perspectiva de su objeto, la prestación de servicios del encuestador que efectúa la actividad al amparo de un contrato de trabajo con una ETT, de la persona física que, en virtud de un contrato administrativo de servicios, debe efectuar por sí misma esa labor. El supuesto, quizá poco probable en la práctica por los medios personales y materiales que requiere la elaboración de encuestas, es mucho más factible y frecuente respecto del mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos - informáticos o no- e instalaciones¹⁶⁷.

Estos contratos de servicios, y los contratos de consultoría y asistencia que supongan una prestación de servicios continuada -como son aquéllos cuyo objeto consiste en la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, que deberán adjudicarse a persona distinta a la que fue encomendada la realización de la obra¹⁶⁸-, no presentan una línea divisoria nítida respecto del contrato de trabajo. El contrato administrativo destinado a efectuar estas labores de mantenimiento, conservación, vigilancia y supervisión puede alcanzar, incluso, los cuatro años de duración (seis si se trata de contratos de gestión de los sistemas de información), límite que se podría superar en caso de contratos complementarios a un contrato de obras¹⁶⁹. El resultado como característica principal de estos contratos, predominante en la concepción más dogmática del contrato de consultoría y asistencia, cede en determinados supuestos, en los que el contratado se compromete a prestar un servicio a cambio de un precio durante un determinado lapso temporal. En este contexto, el contrato administrativo no tiene como objeto la entrega de los frutos (informe, proyecto, etc.) al finalizar el mismo, sino el desempeño de una actividad concreta en el período de duración pactado.

En estos supuestos, la asimilación del contratado administrativo al trabajador asalariado, y su inclusión en el campo de aplicación del Sistema por la doble referencia del

¹⁶⁶ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pág. 169.

¹⁶⁷ Vid. A. SELMA PEÑALVA, *Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública*, AS, nº 11, 2005, pp. 31 y ss.

¹⁶⁸ Art. 197.2 Real Decreto Legislativo 2/2000.

art. 97.2 LGSS al personal civil no funcionario, podría justificarse a partir de una interpretación amplia¹⁷⁰. Sin embargo, la práctica demuestra que los vinculados por un contrato de consultoría y asistencia o de servicios no acceden al Régimen General, y es posible que se encuentren fuera del Sistema. Los pliegos de cláusulas administrativas de contratación exigen la solvencia técnica y financiera del contratista, y le trasladan asimismo todas las responsabilidades en materia de Seguridad Social. En efecto, en aplicación estricta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas éstas no asumen responsabilidades de Seguridad Social, pues no se unen por un vínculo laboral, sino que nace una relación sometida a Derecho Administrativo en la que el contratista es considerado un empresario que debe asumir una serie de obligaciones, entre ellas las de Seguridad Social si se generasen.

Por consiguiente, el profesional sujeto a un contrato de consultoría y asistencia o a un contrato de servicios no está asimilado a un trabajador asalariado. Ni el art. 97.2 ni el art. 205 LGSS suponen un obstáculo insalvable; ambos preceptos se refieren al «personal» al servicio de la Administración Pública, y los contratados administrativos, al menos los vinculados por contratos típicos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no pueden merecer esa calificación, al menos en sentido estrictamente técnico. Los contratados administrativos no son «personal» al servicio de la Administración, y así se explica que no estén comprendidos en la relación de puestos de trabajo de la Administración Pública¹⁷¹. En esa relación de puestos de trabajo, como desarrolla el art. 15 Ley 30/1984, han de aparecer los funcionarios públicos y los trabajadores asalariados al servicio de la Administración, pero no así los contratados administrativos, que se configuran como un colectivo externo al que la Administración puede acudir para la satisfacción de necesidades puntuales que no pueda cubrir internamente¹⁷².

¹⁶⁹ Art. 198 Real Decreto Legislativo 2/2000.

¹⁷⁰ Quizá subyacía esa intención en la STCT de 17-10-1988 (Ar. 6864), cuyo FJ Único afirmaba que «debe llegarse a la conclusión de que el personal temporalmente contratado, aun siéndolo en régimen de Derecho Administrativo, al servicio de las entidades de la Administración Local, como personal civil no funcionario, debía ser encuadrado dentro del Régimen General». No obstante, el litigio se había originado a raíz de un contrato administrativo de colaboración temporal.

¹⁷¹ Vid. E. MARTÍN PUEBLA, *Trabajadores al servicio de la Administración*, RL, nº 1, 1990, pp. 12 y ss.

¹⁷² Art. 202 Real Decreto Legislativo 2/2000; vid. E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 234; R. ANIORTE SANZ, *El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*, RTSS (CEF), nº 206, 2000, pp. 103 y ss.

No se encuentra en la LGSS una cláusula genérica de asimilación de los contratados administrativos a trabajadores por cuenta ajena. El art. 205 LGSS únicamente se dirige al «personal contratado en régimen de Derecho Administrativo» siempre que tenga previsto cotizar por la contingencia de desempleo. A pesar de que en su momento la jurisprudencia se mostró favorable a la incorporación al Sistema de los contratados administrativos¹⁷³, el art. 205 LGSS, o más bien, su antecedente en la Ley 31/1984, pensaba en el contrato de colaboración temporal, muy similar al contrato de trabajo; no en vano, y al margen de los funcionarios de empleo de las diversas Administraciones Públicas¹⁷⁴, el RD 1167/1983, de 27 de abril, expresamente incorporó a la acción protectora por desempleo al «personal contratado de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo de las Administraciones Públicas, sujeto al Régimen General de la Seguridad Social»¹⁷⁵.

La supresión del contrato administrativo de colaboración temporal ha vaciado de contenido al art. 205 LGSS, y la incorporación al Sistema de los contratados administrativos como «personal civil no funcionario» de la Administración debe descartarse; técnicamente carecen de la condición de personal y ninguno de ellos cotiza en la actualidad por la contingencia de desempleo. Los contratados administrativos, así pues, quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social, salvo que cumplan las condiciones requeridas para incorporarse al mismo como autónomos¹⁷⁶. A la postre, los profesionales vinculados por estos contratos de consultoría o asistencia deben proceder al alta en el Impuesto de Actividades Económicas, circunstancia no decisiva, como repetidamente ha

¹⁷³ Vid. STS (Cont-Adv.) de 3-6-1997 (Ar. 5176).

¹⁷⁴ El RD 322/1985, de 20 de febrero, extendió la protección por desempleo a los funcionarios de empleo y al personal contratado en régimen de derecho administrativo de la MUPAL, y el RD 2363/1985, de 18 de diciembre, hizo lo propio con los funcionarios de empleo interinos de la Administración de Justicia. Por su parte, el RD 474/1987, de 3 de abril, reconoció el derecho a la protección por desempleo al «personal de las Escalas de Complemento y Reserva Naval y Clases de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas»; vid. J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, «Artículo 205», en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 1276.

¹⁷⁵ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 114; F. CAVAS MARTÍNEZ y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, «La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 931; M.I. RAMOS QUINTANA, *Sujetos beneficiarios de la protección por desempleo*, RL, nº 19, 1990, pp. 26 y ss.

¹⁷⁶ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 10-4-2002 (JUR 56706/2003), que califica como indebida el alta en el Régimen General de la persona física vinculada a la Administración por un contrato de consultoría y asistencia.

declarado la jurisprudencia¹⁷⁷, pero que, en combinación con otras, puede resultar un indicio revelador de trabajo autónomo¹⁷⁸.

La excepción era, y aún es, la de los profesores de universidades públicas¹⁷⁹ no funcionarios, fundamentalmente asociados y ayudantes, pero también visitantes y eméritos, cuyos contratos «tendrán con carácter excepcional naturaleza administrativa¹⁸⁰ y se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Reforma Universitaria y sus disposiciones de desarrollo, por las normas de Derecho Administrativo que les sean de aplicación y por los Estatutos de su Universidad», a tenor de la DA 20ª Ley 23/1988, de 28 de julio¹⁸¹. Los profesores asociados de nacionalidad extranjera, sin embargo podían ser contratados por tiempo indefinido en virtud de la DA 8ª LO 11/1983, y la naturaleza de su relación era laboral (DA 20ª Ley 23/1988)¹⁸².

Tras la LO 6/2001 los profesores universitarios han de estar vinculados por una relación laboral o funcionarial¹⁸³, con inclusión en el Sistema a salvo de los profesores eméritos¹⁸⁴. No obstante, se mantienen vigentes transitoriamente (hasta la finalización del curso académico 2007-2008)¹⁸⁵ los contratos administrativos de profesores asociados y ayudantes contratados conforme a la LO 11/1983¹⁸⁶. Los contratados administrativos bajo esas modalidades sí fueron incluidos en el Sistema, en concreto en el Régimen General,

¹⁷⁷ Vid. SSTs (Cont-Adv.) de 4-5-1996 (Ar. 5285), de 25-11-1997 (Ar. 8549) y de 23-3-1998 (Ar. 2865) y SSTs (Social) de 26-10 y 19-12-2000 (Ar. 9655/2000 y Ar. 1858/2001).

¹⁷⁸ Vid. R. ANIORTE SANZ, *El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*, RTSS (CEF), nº 206, 2000, pp. 136 y ss.

¹⁷⁹ Vid. Resolución de la DGOSS de 23-7-1999, publicada en Tribuna Social, nº 106, 1999, pp. 73-74.

¹⁸⁰ Los tribunales han calificado esta relación como contrato administrativo especial; vid. STS (Cont-Adv.) de 12-12-1990 (Ar. 9636). En el mismo sentido, vid. SSTSJ (Cont-Adv.) de Madrid de 22-1-2001 (RJCA 1071), de la Comunidad Valenciana de 16-11-2001 (RJCA 461/2002) y SSTSJ (Social) de Cataluña de 21-7-1999 (AS 2883) y de Castilla y León/Burgos de 25-6-2001 (JUR 231195).

¹⁸¹ Asimismo, vid. RD 898/1985, de 30 de abril, modificado por el RD 1200/1986, de 13 de junio.

¹⁸² Vid. M. GARCÍA PIQUERAS, *En las fronteras del derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1999, pp. 151-154; G.G. NÚÑEZ PÉREZ y M.I. RAMOS QUINTANA, *Régimen jurídico del profesorado universitario, no numerario, nacional y extranjero. Contratos laborales versus contratos administrativos*, Revista de Trabajo, nº 88, 1987, pp. 71 y ss.

¹⁸³ Vid. S. DEL REY GUANTER y D. MARTÍNEZ FONS, *El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria*, RL, nº 14, 2005, pp. 13 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *Una nueva e inaudita «relación laboral especial»: El régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004, pp. 73 y ss.; R. AGUILERA IZQUIERDO, *El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de Madrid*, REDT, nº 118, 2003, pp. 564 y ss.

¹⁸⁴ DA 22ª LO 6/2001.

¹⁸⁵ Vid. DT 5ª LO 6/2001 en la redacción dada por el art. Único del Real Decreto-Ley 9/2005, de 6 de junio.

¹⁸⁶ Vid. DT 4ª y DT 5ª LO 6/2001.

tanto si el desempeño tenía lugar a tiempo completo como a tiempo parcial, salvo, en el caso de estos últimos, que simultáneamente pertenecieran a la función pública, permaneciendo entonces exclusivamente en el régimen de procedencia¹⁸⁷.

Por lo demás, normas recientes todavía parecen facultar a la Administración para la celebración de contratos de índole administrativa en algunos ámbitos, como el del personal estatutario¹⁸⁸ y el de los militares profesionales¹⁸⁹. En el primer caso la inclusión en el Sistema no debe merecer dudas, pues el art. 9.5 Ley 55/2003 advierte expresamente que «al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo», mientras que el art. 17.1.i) de la misma norma concede al personal estatutario, sin distinción en función de la dedicación, el derecho «al encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, con los derechos y obligaciones que de ello se derivan». Por su parte, los compromisos de los militares de tropa y marinería implican asimismo una prestación temporal de servicios en virtud de un vínculo administrativo, que da lugar al ingreso en el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2000).

5- Cargos públicos representativos y altas instituciones del Estado

La representación política o institucional, encarnada en los parlamentarios o en los miembros de los diferentes gobiernos u órganos ejecutivos, no es identificable con ninguna de las profesiones que *ex art. 7.1 LGSS* justifican e imponen el ingreso en el Sistema. Tampoco desarrollan una actividad protegida, en sentido propio, los cargos representativos de índole corporativa en entidades con trascendencia en lo público, como los partidos políticos o los sindicatos. No obstante, todas ellas son actividades profesionales a las que progresivamente el Sistema ha de amparar como una consecuencia natural, si no de la universalidad subjetiva, sí de la evolución y perfeccionamiento del modelo contributivo.

¹⁸⁷ Vid. DA 1ª RD 1086/1989, de 28 de agosto.

¹⁸⁸ Vid. art. 33 y DA 4ª Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

¹⁸⁹ Arts. 92 y ss. Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas.

En principio, el Sistema no permite el acceso de los cargos electivos encargados de labores de dirección en un sindicato o partido político¹⁹⁰. El carácter eminentemente ideológico de la actividad, y la naturaleza asociativa de la entidad, aproximan estas funciones al trabajo benévolo, a pesar de la eventual compensación económica, y de que en su caso se pretenda amparar esa relación en la suscripción de un contrato de trabajo, lo que constituiría una simulación de negocio jurídico¹⁹¹. Se trata de actividades que están excluidas del Sistema, a salvo de asimilación expresa¹⁹².

A la misma conclusión habría de llegarse respecto de quienes han sido elegidos o designados para un cargo político de representación de los ciudadanos. La condición de diputado, senador, concejal o alto cargo también está impregnada de connotaciones ideológicas y no se amolda a ninguna de las categorías del art. 7 LGSS. Por consiguiente, procede la exclusión del Sistema de Seguridad Social en defecto de incorporación expresa o de constitución de un mecanismo de previsión propio, como sucede en otros países¹⁹³. En España se ha preferido recurrir a la técnica de la asimilación, de modo que las inclusiones se han ido produciendo paulatinamente, comenzando por la Orden de 29 de julio de 1982, que permitió el ingreso en el Régimen General de los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, en tanto que la Orden de 1 de junio de 1988 hizo lo propio con los Diputados del Parlamento Europeo, que, por cierto, cuentan en el ámbito comunitario con un instrumento de protección específico que permite causar diversas prestaciones¹⁹⁴.

Ambas normas han sido derogadas por la Orden TAS/2865/2003, en la medida que el acceso al Sistema de Seguridad Social se articula a través de la suscripción de un

¹⁹⁰ IX.6.

¹⁹¹ Vid. SSTSJ de Valencia de 19-7-2001 (AS 3184) y del País Vasco de 23-2-1999 (AS 2054).

¹⁹² Vid. A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 109-111.

¹⁹³ A modo de ejemplo, vid. Ley paraguaya n° 842/80, por la que se crea el Fondo de Jubilaciones y Pensiones para los Miembros del Poder Legislativo de la Nación, que declara obligatoria la pertenencia al Fondo para los «miembros en ejercicio del Poder Legislativo de la Nación», y permite la adscripción voluntaria de quienes «hayan dejado de pertenecer al mismo y que opten por continuar como afiliado» (art. 3). Por el contrario, en Rumanía el art. 5.II de la Ley 9, de 17 de marzo de 2000, del Sistema Público de Pensiones y otros derechos del seguro social, declara obligatoriamente incluidos a los cargos electos, así como a los designados para cargo público por las autoridades legislativa, ejecutiva o judicial.

¹⁹⁴ Vid. arts. 9 y ss. Decisión del Parlamento Europeo de 28 de septiembre de 2005, sobre la adopción del Estatuto de los Diputados del Parlamento Europeo (2005/684/CE, Euratom). El mecanismo establecido con anterioridad a esta norma tenía carácter voluntario, por lo que en ausencia de solicitud los eurodiputados quedaban excluidos; vid. STJCE *Ripa di Meana* (de 29-4-2004, asunto C-470/00P).

convenio especial, previsto en la actualidad en el art. 11 de esa norma¹⁹⁵. La preferencia por el convenio especial supone una renuncia a la obligatoriedad, ya que el convenio especial únicamente será suscrito por aquellos (euro) diputados y senadores que así lo deseen¹⁹⁶. En la misma situación se encuentran los miembros de los parlamentos autonómicos, a tenor del RD 705/1999, de 30 de abril, desarrollado por el art. 12 Orden TAS/2865/2003. La incorporación es también voluntaria, por lo que la mera condición de diputado o senador, o de miembro de un parlamento autonómico, sin la suscripción del oportuno convenio especial, provocará la exclusión del Sistema¹⁹⁷.

El ingreso en el Sistema de los parlamentarios tendrá lugar desde el momento en que se constituya la legislatura para la que han sido elegidos o, en su caso, desde la posterior fecha de adquisición de la condición de senador o diputado de las Cortes, o de parlamentario autonómico, o a partir de la fecha de la solicitud por parte de los diputados del Parlamento Europeo, siempre que previamente hubieran perfeccionado tal condición conforme al art. 5 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General¹⁹⁸. La inclusión se mantendrá mientras se ejerza el correspondiente cargo como diputado, senador o parlamentario. El cese en cualquiera de esas actividades supondrá la extinción del convenio especial y la exclusión del Sistema de Seguridad Social, a salvo de que el desempeño de otra actividad posibilite nuevamente la inclusión —o la permanencia— en virtud de título distinto. No obstante, en el supuesto de disolución de las Cámaras los senadores, diputados y parlamentarios verán prorrogada la asimilación al alta al menos hasta la fecha de constitución de la legislatura siguiente; el convenio especial pervivirá para quienes

¹⁹⁵ Un supuesto de incapacidad permanente de un senador en STSJ de Aragón de 2-4-2003 (JUR 130779).

¹⁹⁶ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 113 y ss.; J.A. PANIZO ROBLES, *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (a propósito de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, RL, nº 22, 2003, pp. 83-84; J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 225 y ss.; P. MADRID YAGÜE, *Análisis de la nueva regulación del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, AS, nº 1, 2004, pp. 61-62.*

¹⁹⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 23-6-2000 (AS 3066), que niega que la condición de parlamentario autonómico pueda ser calificada como situación asimilada al alta; por su parte, la STSJ de Galicia de 16-4-2003 (JUR 214278) afirma que «no es asimilable la actividad representativa parlamentaria a la actividad laboral, lo cual determina su no inclusión directa en el Régimen General de la Seguridad Social, ni en ningún otro Régimen Especial, sin perjuicio, naturalmente, de su eventual asimilación, aunque esto depende del legislador».

¹⁹⁸ LO 5/1985, de 19 de junio.

renueven su condición, y se extinguirá en ese momento respecto de quienes no hayan sido elegidos para desempeñar esa función en el nuevo período de sesiones¹⁹⁹.

Aunque a menudo se produce un solapamiento, los miembros de los diferentes Gobiernos, estatal, autonómico o local, han merecido diferente consideración que los parlamentarios. En materia de Seguridad Social priman las tareas ejecutivas, en las que se subsume, en su caso, la condición de parlamentario. Los miembros del Gobierno están comprendidos en el Régimen General, pues han de considerarse altos cargos de la Administración del Estado. Como se sabe, la DA 3^a, apartado 2, de la Ley 30/1984 incluyó a los altos cargos de la Administración en el Régimen General, siempre que no se tratase de funcionarios públicos²⁰⁰. Se produce de ese modo una asimilación a trabajadores asalariados, porque los altos cargos no se ajustan a las categorías que maneja el art. 7 LGSS, y, por consiguiente, están excluidos del Sistema salvo previsión expresa en contrario, que hoy se recoge en el art. 97.2.h) LGSS²⁰¹.

No se puede olvidar, por un lado, que esta asimilación se limita a los altos cargos que carezcan de la condición de funcionario público, pues de lo contrario ya se encontrarían

¹⁹⁹ Arts. 11 y 12 Orden TAS/2865/2003 y art. 5 RD 705/1999.

²⁰⁰ Se consideran altos cargos, a tenor de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado; los Subsecretarios; los Secretarios generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en Ceuta y Melilla y en las islas; los Delegados del Gobierno en entidades de derecho público; los Gobernadores y Subgobernadores civiles; los Directores generales y los Jefes de Misión Diplomática Permanente, así como los Jefes de Representación Permanente ante Organizaciones Internacionales; el Director general del Ente Público Radiotelevisión Española; el Presidente, los Consejeros y el Secretario general del Consejo de Seguridad Nuclear; los Presidentes, los Directores generales, los Directores Ejecutivos, los Directores Técnicos o de Departamento y los titulares de otros puestos o cargos asimilados, cualquiera que sea su denominación, en entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de Gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores generales de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los Vocales del mismo; el Presidente y los Directores generales del Instituto de Crédito Oficial; los Presidentes de las sociedades mercantiles en que el capital sea mayoritariamente de participación estatal cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno; los miembros del Gabinete del Presidente del Gobierno y de la Vicepresidencia nombrados por Acuerdo del Consejo de Ministros y los Directores de los Gabinetes de los Ministros; y en general los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros. El art. 6 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), reitera la condición de alto cargo de los Órganos Superiores (ministros y secretarios de Estado) y de los Órganos Directivos (subsecretarios y secretarios generales, secretarios generales técnicos y directores generales), salvo los subdirectores generales y asimilados. Tampoco alcanzan tal condición los subdelegados del gobierno, figura que sustituye a la del gobernador civil, como advierte el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LOFAGE.

²⁰¹ Vid. STS de 11-7-1984 (Ar. 4154).

incluidos en el Sistema en virtud de esa circunstancia, y conservarían el régimen de encuadramiento tras ser nombrados; por otro, que el art. 97.2.h) LGSS hace una referencia genérica a los altos cargos de las Administraciones Públicas, lo que amplía el espectro de sujetos comprendidos a quienes merezcan la consideración altos cargos en cualquier Administración Pública.

Los miembros del Gobierno de las CCAA pueden suscribir un convenio especial conforme a las prescripciones de la Orden de 7 de diciembre de 1981 cuando como consecuencia de su dedicación gubernamental o parlamentaria causen baja en el régimen de la Seguridad Social en el que previamente estuvieran en situación de alta²⁰². Este convenio especial tiene una significación diferente a la modalidad de convenio prevista para parlamentarios, ya que el convenio especial para miembros del Gobierno autonómico no se dirige a proteger esa actividad en sí —esa función la cumple el art. 97.2.h) LGSS—, sino a continuar la carrera de seguro que se inició con el trabajo que ha debido cesar por el ejercicio de un cargo representativo.

Los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva, o los cargos equivalentes en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que están equiparadas a corporaciones locales en tanto no se conviertan en CCAA por la vía prevista en la DT 5ª CE²⁰³, también han sido incluidos en el Sistema. En el caso de que se trate de funcionarios públicos de la propia corporación local, o bien de funcionarios de carrera de otras Administraciones que desempeñen en la corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva, quedarán en situación de servicios especiales, en los términos del art. 74 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL)²⁰⁴, y, por consiguiente, comprendidos en su régimen de seguridad social de origen, si bien la obligación de cotizar corresponde a la corporación local afectada.

Cuando el miembro de la corporación local es un trabajador asalariado al servicio de la misma «rigen idénticas reglas, de acuerdo con lo previsto en su legislación específica», a tenor del art. 74.2 LBRL. El precepto alude genéricamente al «personal laboral», sin concretar si el empleador previo ha de ser la corporación local, o si podría aplicarse la

²⁰² Art. 1 Orden de 7 de diciembre de 1981, en relación con el art. 12.2 Orden TAS/2865/2003.

²⁰³ Vid. STSJ de Andalucía/Málaga de 16-2-2001 (AS 1405); también, aunque respecto del personal civil no funcionario de organismos de la ciudad autónoma de Ceuta, vid. STS (Cont-Adv.) de 24-11-1981 (Ar. 5296).

²⁰⁴ Ley 7/1985, de 2 de abril.

misma regla cuando el elegido/designado prestase servicios para un tercero. La primera de esas posibilidades parece la más factible. La expresión «personal laboral» goza ya de cierta tradición, utilizada en contraposición al concepto de funcionario público en el marco de la prestación de servicios para la Administración. La LBRL se dirige a regular los derechos y obligaciones de una Administración Pública, y, a la postre, la extensión de lo previsto en el art. 74.1 LBRL al personal laboral -«idénticas reglas» que los funcionarios- resulta inviable respecto de la totalidad de los trabajadores asalariados. Esas reglas deben ser matizadas conforme a la «legislación específica» del personal laboral, lo que supondrá, en definitiva, que su situación no podrá ser calificada como servicios especiales, sino como excedencia forzosa. De este modo, cuando presten servicios como personal laboral para la corporación local, o para otra Administración Pública, y sean elegidos para un cargo retribuido y de dedicación exclusiva, permanecerán en el régimen de origen -normalmente el General, pero desde un plano meramente teórico, nada impide que se encuentren comprendidos en otro régimen especial que acoja a trabajadores por cuenta ajena-²⁰⁵ corriendo a cargo de la corporación las cotizaciones correspondientes.

El resto de trabajadores asalariados, quienes no presten servicios para una Administración Pública por tanto, quedarán asimismo en excedencia forzosa respecto de su actividad y, con independencia del régimen de Seguridad Social en que se encuentren, en el que permanecerán en situación asimilada, habrán de proceder al alta en el Régimen General por la condición de miembro de la corporación, como expresamente dispone el art. 97.2.j) LGSS²⁰⁶; cuestión distinta es que la acción protectora no se dispense en toda su intensidad, pues en algún caso se les ha privado de protección por desempleo²⁰⁷, limitación que defiende la Administración²⁰⁸, aunque en este punto la doctrina judicial resulta contradictoria²⁰⁹.

²⁰⁵ En su momento, por ejemplo, determinado personal temporal del ICONA (Instituto de Conservación de la Naturaleza) debía proceder a su alta en el REA; vid. L. HURTADO GONZÁLEZ e I. MARÍN ALONSO, *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999, pp. 115-116. Como se sabe, el ICONA ya no existe, pues de su fusión con el IRYDA (Instituto de Reforma y de Desarrollo Agrario), operada por RD 1055/1995, de 23 de junio, surgió el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

²⁰⁶ La Orden de 12 de marzo de 1986 regula la forma de proceder al alta y la cotización de este colectivo.

²⁰⁷ Entre otras, vid. SSTSJ (Social) de Castilla-La Mancha de 10-7-1992 (AS 3984), de Cataluña de 8-11-2001 (JUR 24339/2002) y de Canarias de 29-1-2004 (JUR 101999) y STSJ (Cont-Adv.) de Cantabria de 5-6-2003 (JUR 194879).

²⁰⁸ Vid. Resolución de la TGSS de 14 de enero de 2000, publicada en Tribuna Social, nº 124, 2001, pág. 86. Defiende la extensión de la protección por desempleo a estos cargos políticos, S. GONZÁLEZ ORTEGA,

El art. 75 LBRL, tras la modificación operada por la Ley 11/1999²¹⁰, considera incluidos también en el Sistema de Seguridad Social a los miembros de las corporaciones locales con dedicación parcial, «por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran» (art. 75.2 LBRL, tras su modificación por la Ley 14/2000)²¹¹. Cuando no concurre dedicación parcial ni exclusiva, sino que únicamente se perciben compensaciones por la asistencia al órgano colegiado que corresponda, la actividad no está comprendida en el campo de aplicación del Sistema²¹².

Por otra parte, el Jefe de Gobierno está obligatoriamente incluido en el Sistema de Seguridad Social, en su condición de miembro del Gobierno y, por ende, dentro del concepto de alto cargo; si tal previsión no existiera, la incorporación, voluntaria en este caso, podría tener lugar por la vía del convenio especial para diputados y senadores. Por el contrario, el Jefe del Estado, así como su consorte y en su caso el heredero al trono y los infantes o infantas, están excluidos del Sistema de Seguridad Social. No suscita grandes dudas la exclusión del consorte, el heredero al trono y los infantes o infantas, pues su situación, por esa única condición, se asemeja a la del poseedor de un título nobiliario, y no constituye en sí misma actividad profesional protegida por el Sistema. Evidentemente, si desarrollan una de las actividades listadas en el art. 7 LGSS se generarán los derechos y obligaciones correspondientes, sin particularidad alguna.

En relación con el Jefe del Estado, el Rey no sólo es «símbolo de unidad o permanencia del Estado», lo que *per se* carece de trascendencia en el ámbito de la protección social, sino que también «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones

Derecho a la prestación de desempleo de los miembros de las corporaciones locales, RL, Tomo I, 1988, pp. 472 y ss.

²⁰⁹ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15-7-2004 (JUR 202728).

²¹⁰ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La opacidad de las leyes de acompañamiento (materias laborales y de Seguridad Social en la Ley de Acompañamiento para el 2001*, RL, nº 7, 2001, pp. 121-122; J.A. PANIZO ROBLES, *Novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento» para el año 2001*, RTSS (CEF), nº 215, 2001, pp. 29-30.

²¹¹ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 28-1-2002 (AS 3092) se muestra taxativa en la prohibición de inclusión a tiempo parcial de un alcalde, por entender que los miembros de corporaciones locales no «trabajan a tiempo parcial. Especialmente el alcalde, que sin duda ejerce como tal todas las horas del día y de la noche, salvo situaciones de incapacidad».

internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las Leyes» (art. 56 CE). Ciertamente es que necesita refrendo de sus actos, a salvo de decisiones puramente domésticas («el Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa», art. 65.2 CE), pero asume una función de representación institucional que quizá, y por analogía, pudiera justificar una asimilación a trabajadores asalariados o su inclusión en el concepto de alto cargo.

Ni el constituyente ni el legislador lo han estimado necesario, porque, en teoría, el reinado se ejerce de forma vitalicia, sin riesgo de situaciones de debilidad económica, o de coyunturas de exceso de gastos o defecto de ingresos que justifiquen la protección del Sistema; a la postre, el art. 65.1 CE concede al Rey el derecho a recibir de los «Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa», cantidad que el Rey puede distribuir libremente²¹³. Y consideraciones análogas cabe efectuar para quienes en su caso ejerzan la Regencia «por mandato constitucional» (art. 59 CE). En cualquier caso, la exclusión de la Corona, de la Jefatura del Estado en definitiva, es una mera decisión política justificada por razones de oportunidad o conveniencia y no una consecuencia necesaria desde un punto de vista jurídico o técnico.

Respecto del personal de la Casa Real, el art. 8 RD 434/1988, de 6 mayo, enumera distintos regímenes jurídicos, ya que ese personal puede tener la condición de funcionario o de trabajador asalariado, y por tanto estaría obligatoriamente incluido en el Sistema de Seguridad Social, o bien puede tratarse de personal «de Alta Dirección» o de «Dirección» [apartados a) y b)]. La mención separada al personal laboral, referencia genérica, y a la Alta Dirección permite suponer que el RD 434/1988 no remite a la relación laboral especial regulada por el RD 1382/1985. El art. 9 RD 434/1988 atribuye esa condición de personal de Alta Dirección al Jefe de la Casa Real, al Secretario General y al Jefe del Cuarto Militar, mientras que pertenecen al personal de Dirección los titulares de la Secretaría de Despacho, Actividades y Programas, Relaciones con los medios de comunicación, Protocolo, Intendencia y Centro de Comunicaciones e Informática, órganos todos ellos de la Secretaría

²¹² Vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 23-7-2002 (AS 161/2003), respecto de un concejal que percibía retribuciones de carácter variable en función del número de asistencias al Pleno del Ayuntamiento y a las comisiones informativas. También STSJ de Castilla y León/Burgos de 22-10-2001 (JUR 9927/2002).

General, así como el Jefe de Seguridad. El apartado 3 del art. 9 de ese mismo RD 434/1988 añade que «tanto el personal de Alta Dirección como el de Dirección, así como aquel otro que en lo sucesivo se considere como tal, será nombrado por Real Decreto».

En su condición de personal de confianza podrían ser calificados como funcionarios eventuales, encuadrados por tanto en el Régimen General; sin embargo, las especiales connotaciones de la actividad parecen encajar mejor en el concepto de alto cargo, en la cláusula abierta del art. 1.2.h) Ley 12/1995 -«en general los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros»-; a pesar de que la Casa Real no puede considerarse como Administración General del Estado en los términos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, presenta una manifiesta analogía, que justifica la inclusión de ese personal de Dirección y Alta Dirección en el Sistema de Seguridad Social por la vía del art. 97.2.h) LGSS. La Casa Real tiene como misión servir de apoyo al monarca «en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado» (art. 1.1 RD 434/1988, de 6 de mayo), por lo que desarrolla una función pública que permite su catalogación como Administración Pública sin forzar en demasía el concepto.

6- Miembros y empleados de órganos constitucionales

Los miembros de órganos constitucionales pueden o no ser funcionarios, pero el cargo que ostentan no pertenece a la Función Pública en sentido estricto, ni es un trabajo asalariado. Las normas que regulan el correspondiente estatuto no hacen alusión generalmente a los derechos de Seguridad Social, y ello aboca a un escenario en el que las suposiciones y conjeturas son más frecuentes que las soluciones contrastadas. El TC puede tomarse como modelo, porque su regulación es la más detallada en este aspecto. La condición de Magistrado del TC no es de por sí una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social. El Magistrado del TC no forma parte *per se* de la carrera judicial, ni es un trabajador asalariado, ni autónomo, ni un funcionario público; en consecuencia, no

²¹³ El Anexo I Ley 30/2005, de 29 de diciembre, fija la asignación de la Jefatura del Estado en algo más de ocho millones de euros (programa 911M).

queda expresamente comprendido en el Sistema de Seguridad Social. Ahora bien, los Magistrados del TC, en tanto desarrollen esas labores, se encuentran en situación de servicios especiales en su carrera de origen (art. 20 LOTC)²¹⁴, y por ello conservan su régimen de Seguridad Social. Pero esta previsión piensa en una carrera funcionarial previa, ya que las normas reguladoras de los regímenes especiales de funcionarios permiten mantener la condición de mutualista en situación de servicios especiales, como se ha visto²¹⁵.

La cuestión, por consiguiente, estriba en determinar la posición en el Sistema de los Magistrados que acceden al TC desde el ámbito privado. Recuérdese que el art. 159.2 CE – reiterado por el art. 18 LOTC– permite que el nombramiento recaiga en profesores de universidad y abogados, siempre que se trate de «juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional»²¹⁶. La situación de servicios especiales deviene intrascendente por inaplicable cuando no se proviene de la Función Pública; la LGSS, o las normas reguladoras de los diferentes regímenes especiales, tampoco ofrecen una solución. Una interpretación amplia del art. 20 LOTC que permitiese mantener el alta – asimilación al alta más bien– en el régimen de procedencia no resulta completamente satisfactoria, porque si el nombramiento recae en un abogado la Mutualidad de la Abogacía subsiste como alternativa al RETA, de modo que, en caso de opción por ella, se produciría la completa exclusión del Sistema de Seguridad Social.

En sentido análogo, el art. 97.2 LOTC dispone que los Letrados del TC pasan a situación de supernumerarios en su carrera de origen, referencia que debe entenderse realizada a servicios especiales²¹⁷ tras la supresión de esa situación de supernumerario por el art. 29.1 Ley 30/1984²¹⁸. El acceso a la condición de Letrado del TC puede producirse de

²¹⁴ Vid. A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública*, Sexta Edición, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 333 y ss.

²¹⁵ Art. 7 Real Decreto Legislativo 4/2000 respecto de MUFACE, art. 9.1 Real Decreto Legislativo 3/2000, en relación con MUGEJU y art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2000 para el ISFAS; vid. IV.3.

²¹⁶ En la actualidad es Magistrado del TC D. Eugeni Gay Montalvo, que accedió al cargo desde la abogacía; <http://www.tribunalconstitucional.es/Memoria2001/memo2001001.html>.

²¹⁷ Así lo confirman el art. 29.2.e) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Administración Pública, y el art. 44.3 del Acuerdo del TC 5 de julio de 1990 (BOE de 3 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Personal del TC.

²¹⁸ A tenor de la DT 2ª Ley 30/1984: «los funcionarios que se encuentren en la situación administrativa de supernumerario a la entrada en vigor de esta Ley, pasarán a las situaciones de servicio activo, o de servicios especiales y, en su caso, a la de servicios en CCAA, según se determine reglamentariamente».

dos maneras, bien por concurso oposición, bien por adscripción temporal²¹⁹. Los Letrados del TC merecen la consideración de funcionarios de carrera del TC, a diferencia de los adscritos, que no son funcionarios del propio TC, pero pertenecen en todo caso a la Función Pública, ya que ha de tratarse de «funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal [o de] otros funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos o Escalas para ingresar en los cuales se exija la licenciatura en Derecho»²²⁰. De ese modo, los adscritos quedan en situación de servicios especiales en su puesto de origen²²¹ y conservan su régimen de Seguridad Social²²².

Sin embargo, los Letrados que acceden mediante concurso-oposición presentan una dificultad adicional, en la medida que no se exige la previa pertenencia a la Función Pública de los aspirantes al Cuerpo de Letrados del TC²²³. En caso de que efectivamente se tratara de funcionarios, el art. 97.2 LOTC exige el paso a la situación de servicios especiales, con las pertinentes consecuencias en materia de Seguridad Social. Pero si quien supera el concurso-oposición no es ya funcionario, el Letrado del TC podría quedar excluido del Sistema en ausencia de norma expresa de incorporación para esa concreta prestación de servicios. Esa norma se contiene en el art. 81 del Reglamento de Organización y Personal del TC, habilitado para ello por las frecuentes remisiones de la LOTC a esos Reglamentos, y especialmente la que genéricamente contiene el art. 2.2 de esa norma²²⁴. En ese contexto, el art. 81 de dicho Reglamento confirma que el régimen de Seguridad Social de los Letrados adscritos «será el que les corresponda por su Cuerpo de origen». Lo novedoso, sin duda, es el primer párrafo, pues en él se dispone que «el régimen de Seguridad Social de los

²¹⁹ Art. 53 del Reglamento de Organización y Personal del TC aprobado por Acuerdo de 5 de julio de 1990 (BOE de 3 de agosto), modificado por Acuerdo de 5 de octubre de 1994 (BOE del 21) y por Acuerdo de 8 de septiembre de 1999 (BOE del 22).

²²⁰ Art. 44.1 del Reglamento de Organización y Personal del TC.

²²¹ Arts. 96 y 97 LOTC y arts. 43 y ss. del Reglamento de Organización y Personal del TC aprobado por Acuerdo de 5 de julio de 1990 (BOE de 3 de agosto), modificado por Acuerdo de 5 de octubre de 1994 (BOE del 21) y por Acuerdo de 8 de septiembre de 1999 (BOE del 22).

²²² Vid. art. 8 RD 365/1995, de 10 marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

²²³ «Para ser admitido al concurso-oposición será necesario ser español; estar en posesión del título de Licenciado en Derecho; no haber sido condenado, procesado o inculcado por delito doloso, a menos que hubiese obtenido la rehabilitación o hubiera recaído en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento; no hallarse inhabilitado o suspendido para el ejercicio de funciones públicas y no estar separado mediante procedimiento judicial o disciplinario de un Cuerpo del Estado, de las Administraciones Autónomas o de las Locales»; cfr. art. 66 del Reglamento de Organización y Personal del TC.

²²⁴ «El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley».

Letrados de carrera será el previsto para los miembros de la Carrera Judicial», asimilación coherente, pero que ha de quedar limitada, a pesar de su tenor literal, a los Letrados que no provengan de la función pública, por respeto al art. 97.2 LOTC.

Por su parte, el personal al servicio del TC puede ostentar la condición de funcionario o de personal laboral, según el art. 43 del Reglamento de Organización y Personal del TC. En ambos casos la inclusión en el Sistema está garantizada. Conviene matizar que los funcionarios de carrera del TC, según el art. 43.2 del Reglamento de Organización y Personal del TC, no son funcionarios propios del TC en sentido estricto, sino «funcionarios de carrera de la Administración de Justicia y de las Administraciones Públicas, adscritos al mismo en la forma establecida por este Reglamento, salvo cuando pasen a depender del Tribunal en comisión de servicios». Los arts. 44 y ss. aclaran que ese personal se encontrará en situación de servicios especiales y, por tanto, conservará el régimen de Seguridad Social de origen.

El art. 47 del citado Reglamento prevé el nombramiento de funcionarios eventuales al servicio del TC para el ejercicio de funciones de confianza o asesoramiento especial, funcionarios eventuales en los que no es menester que concurra la condición de funcionario de carrera de otra Administración Pública. En este último supuesto procede la inclusión en el Sistema, pero no en un Régimen Especial de Funcionarios, sino en el Régimen General. Del art. 100 del Reglamento podría inferirse la conclusión contraria, porque en él se dispone que «los funcionarios de empleo se regirán por las normas establecidas para los funcionarios de carrera en lo que les sea aplicable y resulte adecuado a su carácter de eventualidad o interinidad»; sin embargo, esa previsión peca de cierta generalidad e imprecisión, y no parece referirse a un posible cambio de encuadramiento en la Seguridad Social. La excepción –encuadramiento de los funcionarios interinos y eventuales en los Regímenes Especiales de Funcionarios- requiere mayor contundencia normativa.

Aunque no todos pueden calificarse como órganos constitucionales, cabe efectuar una somera mención a los miembros y personal de otros órganos y tribunales por el paralelismo existente. Los Letrados del TS –no hay duda respecto de la inclusión de los Magistrados en el Régimen Especial del Personal al Servicio de la Administración de Justicia- pasan a la situación de servicios especiales si provienen de la Carrera Judicial [art. 351.d) LOPJ] o, en otro caso, continúan en servicio activo en sus respectivos cuerpos de

origen [art. 23.6 Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial]. En consecuencia, todos ellos se mantienen en el régimen de procedencia, solución que el legislador ha considerado preferible a la de reconocer a estas actividades sustantividad propia dentro del Sistema de Seguridad Social. La opción legislativa se justifica sin dificultad, porque el nombramiento como Letrado del TS ha de recaer en un funcionario público; ante la imposibilidad de alcanzar esa condición desde el ámbito privado, no se plantea un problema similar al de los Magistrados o Letrados del TC.

En parecida situación se encuentran quienes son designados como Magistrados, Abogados Generales o cargos análogos en tribunales internacionales (TJCE, TEDH). Los funcionarios pasarán a situación de servicios especiales tanto en caso de nombramiento para un tribunal de ámbito comunitario²²⁵ como internacional²²⁶. Quienes no sean funcionarios, sin embargo, se verán excluidos del Sistema, pues no representan a la Administración Pública en el extranjero, ni son trabajadores desplazados. Ahora bien, la posibilidad de suscribir convenio especial permanece abierta, pues, aunque de manera particular, se está prestando servicio para una organización internacional intergubernamental, lo que justifica la entrada en juego del RD 2805/1979 y del art. 14 Orden TAS/2865/2003.

En términos prácticamente idénticos a los Magistrados del TC, permanecerán en situación de servicios especiales cuando provengan de la función pública los consejeros del CGPJ²²⁷, del Consejo de Estado, del CES²²⁸, del Tribunal de Cuentas²²⁹ y el Defensor del Pueblo y sus Adjuntos²³⁰, pues, en general, el art. 29.2 d) Ley 30/1984 considera en

²²⁵ La transferencia de los derechos de Seguridad Social prevista en la DA 5ª LGSS y en el art. 11 del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, aprobado por Reglamento nº 259/68, no resulta de aplicación en el presente caso, por cuanto ni los jueces ni los abogados generales pueden considerarse funcionarios (sus nombramientos son temporales). El Reglamento comunitario 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los Funcionarios, ha definido a los funcionarios comunitarios como las personas nombradas «para un puesto de trabajo permanente en una de las instituciones de las Comunidades, mediante un acto escrito de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos de dicha institución».

²²⁶ Vid. art. 351 LOPJ.

²²⁷ Art. 117.2 LOPJ y art. 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ, aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de abril de 1986 (BOE de 5 de mayo).

²²⁸ En atención al art. 4.2 Ley 21/1991, de 17 de junio, «se mantendrán en situación de servicio activo los funcionarios públicos que ostenten la condición de Consejeros cuando hayan optado por esta situación. En otro caso, los funcionarios públicos pasarán a la situación de servicios especiales».

²²⁹ Art. 34 LO 2/1982, de 2 de mayo, y art. 26 Ley 7/1988, de 5 de abril.

²³⁰ Vid. art. 6 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta del día 6 de abril de 1983 (BOE del 18).

situación de servicios especiales a los funcionarios «elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los Órganos Constitucionales u otros cuya elección corresponda a las Cámaras»²³¹. El problema se plantea cuando los designados no proceden de la Función Pública; en este sentido, el art. 113 LOPJ establece que ocho consejeros del CGPJ deben ser designados entre «entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión»; los arts. 7 a 9 LO 3/1980 enumeran los Consejeros Natos del Consejo de Estado²³², y quienes pueden ser designados como Consejeros Permanentes y Electivos de dicho órgano, y no todos los mencionados en ese precepto han de ser funcionarios (ministros, diputados, senadores, Defensor del Pueblo, alcaldes¹, o miembros del consejo ejecutivo de una Comunidad Autónoma); el nombramiento como Consejero de Cuentas puede recaer en abogados, economistas y profesores mercantiles de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional²³³; y la composición del CES, por su carácter tripartito, resulta heterogénea²³⁴. Respecto del Defensor del Pueblo, puede ser designado como «alto comisionado de las Cortes Generales» (art. 54 CE) «cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos»²³⁵; sus Adjuntos comparten en lo esencial el régimen jurídico del Defensor del Pueblo y tampoco han de ser funcionarios²³⁶.

En todos estos supuestos se plantean incertidumbres análogas a las ya vistas para los Magistrados del TC. Las normas reguladoras silencian las consecuencias del nombramiento en materia de Seguridad Social, consecuencias que se deducen sin dificultad de la situación de servicios especiales respecto de los funcionarios públicos, pero que suscitan lógicas dudas respecto de los demás. Los ex Presidentes de algunos de esos órganos, como se vio²³⁷, están incluidos en el Régimen de Clases Pasivas por expreso mandato legal, pero ni todos los miembros llegan a ser presidentes, ni la incorporación al Régimen de Clases Pasivas se presenta como una solución óptima, porque dispensa una protección muy

²³¹ Vid. arts. 29 y ss. RD 365/1995, de 10 marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

²³² Vid. art. 35 RD 1674/1980, de 18 de julio, modificado por el RD 449/2005, de 22 de abril

²³³ Art. 30.1 LO 2/1982, de 2 de mayo.

²³⁴ Art. 2 Ley 21/1991.

²³⁵ Art. 3 LO 3/1981, de 6 de abril.

²³⁶ Art. 8 LO 3/1981, de 6 de abril.

²³⁷ IV.3.

limitada –prestaciones por muerte y supervivencia²³⁸- y además excluye a las “clases activas”, esto es, a quienes están cumpliendo el mandato correspondiente. El art. 7 LGSS no ofrece ningún apoyo sólido para justificar la incorporación al Sistema de estos colectivos, pese a que desarrollan una actividad profesional, y con un régimen de incompatibilidades que dificulta el acceso a la Seguridad Social por otra vía, lo que en cierto modo aconseja calificar el desempeño de estas funciones como actividad protegida por el Sistema. El mantenimiento de una situación asimilada al alta en el régimen de procedencia por la vía del convenio especial, si se cumplen los requisitos pertinentes, podría paliar en cierta medida el desamparo, pero no resuelve la cuestión principal, que consiste en determinar si los miembros de órganos constitucionales se encuentran incluidos en el Sistema por tal condición.

La asimilación a los funcionarios públicos es una posibilidad viable y técnicamente sencilla, pero parece requerir expreso pronunciamiento del legislador o del Ejecutivo. Otra opción, que no requiere modificación normativa, consiste en incluir a todos estos colectivos en la referencia legal a los «altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos» [art. 97.2.h) LGSS], con la correspondiente obligación de alta en el Régimen General. En sentido estricto, los órganos constitucionales no son una Administración Pública, pero han de equipararse a estos efectos, pues desarrollan funciones eminentemente públicas y tienen a su servicio funcionarios públicos, normalmente adscritos, pero en ocasiones el propio órgano puede contar con funcionarios de carrera.

La equiparación propuesta presenta ciertas dificultades exegéticas. La relación de altos cargos de la Ley 12/1995, y a la que se remiten otras normas²³⁹, es amplia, pero no comprende a los miembros de los órganos constitucionales. La enumeración ofrecida en esa norma se limita, salvo excepciones puntuales, a personas que, directamente o por delegación, ejercen poderes ejecutivos, de dirección y mando, de difícil parangón con el TC o con los miembros de órganos consultivos no vinculantes o que ejercen funciones de vigilancia y control. Pero la Ley 12/1995 no establece el régimen jurídico de los altos cargos, sino que únicamente se ocupa de sus incompatibilidades. Desde esta perspectiva, la

²³⁸ Art. 51 Real Decreto Legislativo 670/1987.

²³⁹ Vid. art. 2 de la ORDEN APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

Ley 12/1995 no recoge un catálogo exhaustivo, y no es de aplicación a los altos cargos con un régimen de incompatibilidades específico. Se deduce sin dificultad tal conclusión, por un lado, del propio art. 1.2 Ley 12/1995, que ofrece una relación de altos cargos «a los efectos de esta ley»; y, por otro, de la DA 2ª, en la que expresamente se remite el régimen de incompatibilidades del Gobernador, Subgobernador y miembros del Consejo Directivo del Banco de España a su normativa específica²⁴⁰. El régimen de incompatibilidades de los miembros de órganos constitucionales se contiene en su normativa propia, lo que podría servir como justificación de su ausencia en la relación de altos cargos de la Ley 12/1995.

El concepto de alto cargo al que se refiere el art. 97.2 LGSS, en consonancia con el principio de universalidad que debe inspirar la evolución del Sistema, despliega efectos en un radio de acción más amplio que el del régimen de incompatibilidades de la Ley 12/1995, y por ello podrían acceder al Sistema de Seguridad Social, como altos cargos, los miembros de órganos constitucionales que no ostenten la condición de funcionarios. La limitación del concepto de alto cargo por parte de la Ley 12/1995 a quienes ejerzan funciones ejecutivas en órganos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado no es obstáculo para que esa misma Ley califique como altos cargos al Presidente y Vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia²⁴¹. Aunque el Tribunal de Defensa de la Competencia no es un órgano constitucional, sino un organismo autónomo²⁴², la calificación como altos cargos de su Presidente o Vocales permite justificar, por analogía, el mismo tratamiento para los Magistrados del TC y Consejeros de los distintos órganos constitucionales, así como para el Defensor del Pueblo y sus Adjuntos, con objeto de facilitar su incorporación al Sistema de Seguridad Social cuando no ostenten la condición de funcionarios.

Los órganos constitucionales cuentan con personal a su servicio, normalmente funcionarios, bien adscritos, bien propios. Los funcionarios de carrera de los órganos constitucionales o estatales han sido incluidos expresamente en el Régimen de Funcionarios

²⁴⁰ Arts. 26 y 28 Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España y arts. 41 y ss. Resolución de 28 de marzo de 2000, por el que se aprueba el Reglamento Interno del Banco de España.

²⁴¹ «Cuando el nombramiento recaiga en personas al servicio de las Administraciones públicas en activo, éstas pasarán a la situación de servicios especiales o equivalente», lo que supondrá el mantenimiento del régimen de Seguridad Social de origen; art. 21.3 Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia.

²⁴² «Con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión» y que «ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico»; cfr. art. 20.1 Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia.

Civiles del Estado²⁴³. Respecto de los funcionarios adscritos procedentes de otro ente Administrativo, se mantienen en situación de servicios especiales -o bien de servicio activo según los casos- en su Cuerpo de procedencia, conservando el régimen de Seguridad Social de origen. Así sucede con los funcionarios del TC²⁴⁴, del CGPJ²⁴⁵, del Consejo de Estado²⁴⁶ y del Tribunal de Cuentas²⁴⁷. El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, puede contar con personal funcionario, con remisión en bloque al régimen jurídico establecido para la Administración General del Estado²⁴⁸, y con personal laboral. El CES, sin embargo, debe acudir a fórmulas de contratación privadas, y quedará unido a su personal por una relación jurídico laboral²⁴⁹, al igual que sucede con el Banco de España²⁵⁰.

Es menester, no obstante, una breve referencia a los funcionarios de las Cortes Generales, incluido el personal al servicio del Defensor del Pueblo, que merece la «consideración de personal al servicio de las Cortes»²⁵¹. El art. 22 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, aprobado por Acuerdo de las Mesas del Congreso de Diputados y del Senado el 26 de junio de 1989²⁵², atribuye a los funcionarios en servicio activo el derecho «a una adecuada protección social, en los términos que acuerden las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta, previo informe de la Junta de Personal, sin que

²⁴³ Vid. art. 2.1.e) Real Decreto Legislativo 670/1987.

²⁴⁴ Art. 43 del Reglamento de Organización y Personal del TC.

²⁴⁵ Art. 140 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ, aprobado por Acuerdo de 22 de abril de 1986 (BOE de 5 de mayo). El art. 129 de esta norma admite la contratación de personal laboral que, por supuesto, quedará incluido en el Régimen General.

²⁴⁶ Los Letrados del Consejo de Estado se asimilan a funcionarios de la Administración Civil del Estado, y el resto de funcionarios al servicio de ese organismo son funcionarios civiles adscritos al Consejo de Estado (arts. 71 y 72 RD 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado).

²⁴⁷ A tenor del art. 37.1 LO 2/1982, de 12 de mayo, los funcionarios del Tribunal de Cuentas estarán sujetos «al régimen general de la Función Pública y a sus incompatibilidades». Por consiguiente, y como confirma el art. 93 Ley 7/1988, los funcionarios del Tribunal de Cuentas quedan encuadrados en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, salvo que por pasar a una situación de servicios especiales conserven su régimen de procedencia; así sucede, por ejemplo, con los miembros del Gabinete Técnico (art. 19.2 Ley 7/1988, de 5 de abril). Además, la posibilidad de contratar personal en régimen laboral, que deberá proceder al alta en el Régimen General, viene reconocida expresamente en el art. 89.3 de la Ley 7/1988.

²⁴⁸ Arts. 20.7 Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia, y art. 18 Real Decreto 864/2003, de 4 julio, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁴⁹ Art. 9.4 Ley 21/1991 y art. 47 de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio Trabajo y Seguridad Social de 31 marzo 1993 (BOE 13 abril 1993), que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno del CES.

²⁵⁰ Art. 6 bis Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España.

²⁵¹ Art. 35 LO 3/1981, de 6 de abril y Art. 27.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta del día 6 de abril de 1983 (BOE del 18).

²⁵² BOE de 26 de julio.

las prestaciones reconocidas puedan ser inferiores a las previstas en el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado». El tenor literal del precepto hace pensar en un mecanismo propio de protección contra riesgos sociales, e incluso permitiría suponer que la intensidad de su acción protectora supera la del resto de funcionarios. Sin embargo, ese mecanismo singular no ha sido instaurado, y en la práctica los funcionarios de las Cortes Generales han sido asimilados a los funcionarios de la Administración del Estado, «en virtud de un reenvío implícito y en bloque operado por parte del Estatuto del Personal de las Cortes Generales»²⁵³. Ello supone su ingreso en el Régimen Especial de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado²⁵⁴, sin perjuicio de que puedan arbitrarse medidas de carácter complementario²⁵⁵.

7- Profesionales liberales en funciones cuasipúblicas

La DA 15ª Ley 30/1995, con las cautelas que se traducen en el derecho de opción, ha permitido que los profesionales colegiados puedan acceder al Sistema de Seguridad Social²⁵⁶. Esa norma podría haber afectado a determinados colectivos, notarios, registradores y corredores de comercio principalmente, cuyo paralelismo con los profesionales colegiados resulta evidente —en buena medida lo son—, pero que cuentan con una característica peculiar que los acerca a los funcionarios públicos, consideración que merecieron durante un tiempo. Los profesionales que ejercen funciones públicas se han convertido en un híbrido entre profesionales liberales y funcionarios públicos²⁵⁷, pues son sujetos privados dotados de autoridad pública²⁵⁸. El análisis de la naturaleza jurídica de la actividad presenta ciertas aristas que impiden su encaje en alguna de las categorías subjetivas del Derecho de la Seguridad Social. Resulta evidente que no pueden ser calificados como trabajadores asalariados o estudiantes, pero tampoco reúnen todas las

²⁵³ Cfr. Exposición de Motivos del Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 28 noviembre 1994 (BOE del 30), por el que se modifica el Estatuto del Personal de las Cortes Generales.

²⁵⁴ Art. 2.1.d) Real Decreto Legislativo 670/1987.

²⁵⁵ Vid. STS (Cont-Adv.) de 10-12-1998 (Ar. 603/1999).

²⁵⁶ III.5.

²⁵⁷ Esta dualidad «de profesionales del Derecho encuadrados en régimen de colegios profesionales y de ejercientes de funciones públicas» es puesta de manifiesto por la STS (Cont-Adv.) de 28-10-1995 (Ar. 8544).

²⁵⁸ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Administrativización y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento*, RL, nº 7, 2002, pp. 100-101.

características típicas de un trabajador por cuenta propia o de un funcionario público²⁵⁹; se trata de «una función compleja, en la que concurren aspectos públicos y aspectos privados, en régimen de profesión liberal, sometida a controles administrativos»²⁶⁰; su propia normativa reguladora confirma que «los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos»²⁶¹.

La Ley 30/1995, interpretada ampliamente, podría haber supuesto su incorporación al RETA, ya que, a la postre, deben integrarse en un colegio profesional para ejercer su actividad y su protección social se instrumenta a través de una mutualidad. Pero el hecho de que sea menester superar una oposición para el ejercicio de la actividad, y, sobre todo, que las tareas desarrolladas estén investidas de autoridad pública, se han convertido en un lastre para la equiparación absoluta entre unos y otros. La forma de acceso a la actividad, por sí sola, podría salvarse, pues muchas profesiones exigen una demostración de aptitudes previa que incluso se manifiesta mediante la concesión de la oportuna licencia administrativa cuando se superan una serie de pruebas (v.gr. taxista). Pero el ejercicio de funciones públicas ha supuesto un obstáculo de mayores proporciones.

Por ello, el acceso al Sistema de estos grupos ha discurrido por derroteros particulares, y tradicionalmente han estado incluidos en mutualidades. La Ley de 13 de julio de 1935 constituyó la Mutualidad Notarial, cuyos Estatutos se recogen en el Decreto 2718/1973, de 19 de octubre. Por su parte, el Decreto de 5 de noviembre de 1948 dio origen a la Mutualidad de Previsión Social del Cuerpo de Corredores de Comercio, que había de atenerse a los Estatutos publicados por una Orden de 18 de diciembre de 1948. Esas

²⁵⁹ El artículo 1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 define a los funcionarios de la Administración Pública como «las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo». Por su parte, el art. 4 de la misma norma establece que «son funcionarios de carrera, los que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado». Es claro que los notarios y los registradores no reúnen esos caracteres, y que, por consiguiente, no se integran en la Administración, con la que no les vincula una relación de jerarquía o dependencia. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que los ha calificado como profesionales independientes que ejercen una profesión oficial, una función pública en régimen de profesión liberal; por todas, vid. SSTS (Cont-Adv.) de 26-1-1996 (Ar. 775) y de 6-3-2001 (Ar. 1811).

²⁶⁰ Cfr. STS de 26-1-1996 (Ar. 775).

²⁶¹ Vid. art. 1 del Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE de 7 de julio), que aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado. Ciertamente, no obstante, que la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, define al notario como «el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales».

mutualidades no podían ser consideradas como alternativas al Sistema²⁶², sino que, a pesar de lo señalado en el Preámbulo del RD 1606/2003²⁶³, cumplían una función sustitutoria, como reconoció la jurisprudencia²⁶⁴.

En tiempos recientes se ha procedido a una reordenación de las carreras de notarios y de corredores de comercio, unificando su régimen jurídico. La DA 24ª Ley 55/1999 ordenó la integración en el Cuerpo Único de Notarios de los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio, anteriormente separados. Los miembros de ese Cuerpo Único de Notarios pueden ejercitar las funciones que hasta entonces se encomendaban a los notarios y a los corredores de comercio. Esa integración fue efectiva a partir del 1 de octubre de 2000 -como disponía la propia DA 24ª Ley 55/1999- en los términos establecidos por el RD 1643/2000, de 22 de septiembre. En cualquier caso, no se produjo novedad inmediata en materia de Seguridad Social, ya que no se constituyó un único régimen de previsión social, como preveía el apartado H) de la DA 24ª Ley 55/1999; este precepto no contemplaba la incorporación al Sistema, sino que el propósito consistía en unificar las dos mutualidades preexistentes, y por ello se advertía que «el régimen mutualista será único», remitiendo a un futuro desarrollo reglamentario las condiciones de esa unificación.

El art. 5 RD 1643/2000 estableció un régimen transitorio en tanto la unificación tenía lugar; hasta ese momento «las aportaciones a las mutualidades preexistentes [deberían correr] a cargo de sus respectivos miembros». La demora en esa unificación parecía indicar que la creación del Cuerpo Único de Notarios no supondría novedad alguna en el régimen mutualista²⁶⁵. Sin embargo, y aunque daba la impresión de que esa separación presuntamente transitoria podría eternizarse, y que en cualquier caso la permanencia en

²⁶² Así se deduce de la Circular 3-016, de 7 de mayo de 1999, de la TGSS. En ella se recuerda el carácter obligatorio de la Mutualidad del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados a 10 de noviembre de 1995, pero expresamente se advierte que no puede constituirse en alternativa, pues los corredores de comercio no podían incorporarse al Sistema. Su proximidad con los funcionarios públicos se ponía de manifiesto en la aplicación supletoria de la normativa sobre Clases Pasivas ante las eventuales lagunas de los Estatutos de la citada Mutualidad; vid. J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 917.

²⁶³ En él se afirma que estas mutualidades constituyen «mecanismos que operan al margen de la Seguridad Social y en los que no concurren las características de sustitutorios ni de alternativos al Sistema».

²⁶⁴ Vid. STS (Cont-Adv.) de 5-7-1999 (Ar. 5917), comentada por M.T. SOSA MANCHA, *Integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal que viniere percibiendo la acción protectora sustitutiva a través de la mutualidad de empleados de notarias*, AS, nº 14, 1999, pp. 33-35.

²⁶⁵ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Los profesionales liberales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Carta Laboral, nº 33, 2000, pág. 8; I. SAGARDOY DE SIMÓN, *Notarios y Seguridad Social*, AS, nº 11, 2001, pp. 39-40.

instrumentos mutualistas ni se cuestionaba, el art. 41 Ley 24/2001 varió por completo el escenario, al autorizar al Gobierno para que procediese «en el plazo de un año, a la integración en el RETA, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, de los miembros del Cuerpo Único de Notarios».

Por consiguiente, se prefirió incorporar a esos colectivos al Sistema de Seguridad Social, como ya había apuntado algún TSJ²⁶⁶. La norma que cumplió ese encargo fue el RD 1606/2003, de 28 de noviembre, cuyo art. 1 deja claro que «los miembros del Cuerpo Único de Notarios [...] quedan comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social e incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos». Se procedía a una auténtica integración del colectivo en el Sistema, por lo que sus efectos superan en intensidad a los de la DA 15ª Ley 30/1995, que se limita a una mera incorporación. En efecto, la DA 15ª Ley 30/1995 únicamente concede el derecho de acceso al Sistema a determinados colectivos, sin que ello implique asunción de ninguna carga para el erario público derivada de la situación precedente, porque el RETA, si ése es el sentido de la opción, no reconoce los períodos de carencia previos acreditados en la mutualidad, que sólo podrían aprovecharse si se mantiene la doble afiliación.

Por el contrario, el art. 41 de la Ley 24/2001 y el RD 1606/2003 han llevado a cabo una verdadera integración en el Sistema de Seguridad Social del Cuerpo Único de Notarios, lo que supone, por un lado, que no hay derecho de opción, pues todo el colectivo, con independencia del momento en que comenzó a ejercer la actividad, queda incorporado al Sistema; y, por otro, que el propio RD 1606/2003 contiene previsiones sobre el reconocimiento en el RETA de los períodos de carencia anteriores acreditados en la mutualidad, asunción de prestaciones devengadas y otros mecanismos de coordinación o compensación, para asegurar el respeto a los derechos adquiridos y en curso de adquisición, en coherencia con la DT 8ª LGSS, que obliga a establecer «las disposiciones de carácter económico que compensen, en cada caso, la integración dispuesta». Las mutualidades preexistentes subsisten, si bien deben limitarse a funciones propias de la previsión social complementaria.

²⁶⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 6-11-2001 (AS 4422), respecto de los corredores de comercio. En sentido contrario, negando el alta de un notario en el RETA, vid. STSJ del País Vasco de 10-4-2001 (AS 2094).

En una situación diferente se encuentran los registradores, que a tenor de la jurisprudencia podrían merecer la consideración de funcionarios, o al menos tal conclusión se extrae del hecho de que el Colegio Nacional de Registradores haya sido calificado como colegio de funcionarios y no como colegio profesional²⁶⁷. Al igual que en el caso de los notarios y los corredores de comercio, la naturaleza de la actividad registral también es híbrida. En materia de previsión social, desde la Orden de 15 de octubre de 1958 (BOE 30 de octubre)²⁶⁸ el propio Colegio de Registradores asumía esa función de cobertura de riesgos, pero no mediante una mutualidad de previsión social con personalidad jurídica propia, sino a través de un servicio de previsión mutualista ofrecido por el propio Colegio, conocido como Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que se configuraba como un servicio colegial de pertenencia obligatoria para los registradores²⁶⁹ y voluntaria para determinados empleados²⁷⁰. La Ley 33/1984 imponía una serie de exigencias para la dispensa de protección social, que el servicio de previsión mutualista del Colegio de Registradores no cumplía. Con todo, subsistió en tanto se determinaba si la Ley 33/1984 era de aplicación o no. Finalmente, la Dirección General de Seguros respondió afirmativamente, por lo que la Mutualidad Benéfica debía adaptarse a los postulados de esa norma, con el coste que ello suponía, o bien desaparecer.

La Orden de 20 de enero de 1994 fue la consecuencia de la decisión tomada, pues a iniciativa del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con la conformidad de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda, y a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se ponía fin a esa Mutualidad Benéfica, o, más bien, se convertía en un servicio a extinguir. Tras la citada Orden, la Mutualidad Benéfica pervive únicamente para hacer frente a las obligaciones ya

²⁶⁷ Vid. STS (Cont-Adv.) de 20-5-2004 (Ar. 3303).

²⁶⁸ Arts. 49 y ss.

²⁶⁹ Por consiguiente, esa institución no puede considerarse como una «mutualidad, en sentido propio y legal del término», ni como «un seguro en el que la naturaleza y cuantía de las prestaciones reconocidas al que lo concierne estén relacionadas con la prima pagada por éste, sino que, como se dice en el Preámbulo de la Orden recurrida “se encuentra situado en un campo intermedio de cobertura de riesgos entre el sistema público estatal (clases pasivas y Seguridad Social) y el seguro privado”»; cfr. SSTs (Cont-Adv.) de 8-11 y 5-12-2001 (Ar. 473/2002 y Ar. 9498/2001).

²⁷⁰ Así lo entendió la STS (Cont-Adv.) de 11-7-1990 (Ar. 6028), a tenor de la cual ese mecanismo de previsión se ha de configurar como complementario y voluntario, si bien la manifestación de voluntad puede provenir de la autonomía colectiva, y no necesariamente de la individual.

contraídas, y así satisfacer las prestaciones -de jubilación, viudedad, orfandad y el incremento por hijo menor o incapacitado- generadas por quienes eran beneficiarios antes del 31 de diciembre de 1993 y por quienes hubieran cumplido los sesenta y cinco años en esa fecha (art. 1 Orden de 20 de enero de 1994)²⁷¹. Desaparecía de ese modo el mecanismo de protección tradicional de los registradores, sin que se arbitrara una fórmula para evitar el desamparo, pues el servicio de previsión colegial previsto en los arts. 58 y ss. de los Estatutos Generales de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles²⁷² no cumple la misma función; su acción protectora se limita a la concesión de becas y congruas, que constituyen un complemento de ingresos mínimos para los registradores o un sustitutivo de esos ingresos para los aspirantes entre la jura del cargo y la toma de posesión²⁷³.

Pese a que los de notarios y corredores de comercio eran «cuerpos de idénticas o similares características» al de registradores²⁷⁴, los integrantes de éste no fueron incluidos en el RETA, puesto que se encuentran formalmente comprendidos en otro régimen de Seguridad Social, en concreto en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, menos exigente desde una perspectiva contributiva que el RETA, y con beneficios evidentes en cuanto al acceso y cálculo de prestaciones²⁷⁵. No es más que el resultado de una opción política basada, probablemente, en la presión ejercida por ese colectivo en el momento y contexto oportunos²⁷⁶.

Por otra parte, no plantea ya incertidumbres la inclusión en el Sistema del «personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares»²⁷⁷. Tras las dudas iniciales, resulta ya indubitado que el vínculo que une a este

²⁷¹ El hecho de que su financiación siguiera un sistema de reparto implicaba que los activos debieran continuar contribuyendo para allegar fondos que permitieran al Colegio hacer frente a esas prestaciones, sin que hubiera posibilidad para esos activos, ni siquiera potencial, de ser beneficiarios en el futuro, situación que la jurisprudencia consideró ajustada a Derecho; vid. SSTS (Cont-Adv.) de 20-7 y 11-11-2002 (Ar. 8390 y Ar. 9834) y 20-5-2004 (Ar. 3303).

²⁷² Aprobados por RD 483/1997, de 14 de abril.

²⁷³ Además, el art. 5 de la Orden de 20 de enero de 1994 dispone que «el Colegio, a través de su Servicio de Previsión Mutualista, en cumplimiento de los fines previstos en la legislación hipotecaria, en la Ley de Colegios Profesionales y en sus propias normas, realizará, en la forma permitida por las leyes, las actividades de previsión que los colegiados aprueben».

²⁷⁴ Cfr. I. SAGARDOY DE SIMÓN, *Notarios y Seguridad Social*, AS, nº 11, 2001, pág. 39.

²⁷⁵ Vid. arts. 290 y 291 del Decreto de 8 de febrero de 1946, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria; Resolución de 29 de diciembre de 1995 (BOE de 11 de enero de 1996), por la que se modifican los procedimientos de jubilación del personal civil incluido en el ámbito de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado; y Orden de 20 de enero de 1994.

²⁷⁶ El art. 77 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926 ya incluía en ese mecanismo a los registradores.

²⁷⁷ Art. 97.2.g) LGSS.

colectivo con los notarios, registradores o corredores de comercio respectivamente es un contrato de trabajo. La condición de trabajadores asalariados debería implicar, sin más consideración, el acceso al Sistema. Pero la mención expresa en el art. 97.2.g) LGSS, con los precedentes del art. 61.2 g) LSS 1966, del mismo ordinal de la LGSS 1974, y también del art. 1.3 g) de la Orden de 28 diciembre 1966, dan fe de que esa conclusión aparentemente palmaria no siempre ha sido pacífica.

La naturaleza del vínculo en virtud del cual desarrollan su actividad se analizó en su momento desde la perspectiva de la función pública en la que indirectamente participan, y se ligó su destino al de su empleador. Si bien la DA 5ª de la Ley de Relaciones Laborales de 1976²⁷⁸ encomendaba al Ministerio de Trabajo la elaboración de reglamentaciones y ordenanzas laborales que regulasen la actividad de los empleados de profesionales que ejerciesen funciones públicas, el mandato no fue cumplido, y el TCT defendía que esos empleados, por su participación en tareas de carácter público, debían ser considerados como auténticos funcionarios públicos²⁷⁸. El TS no compartió el argumento, porque la relación que une a los empleados de notarías y al notario reúne las cuatro notas características del trabajo asalariado, sin que norma alguna de rango legal los hubiera excluido de tal concepto. La participación en funciones públicas no predeterminaba la naturaleza del vínculo y la presunción de laboralidad obligaba a inclinarse por la existencia de contrato de trabajo²⁷⁹, ya que no se encontraba un sustento jurídico claro para defender lo contrario²⁸⁰.

El TCT asumiría posteriormente esa doctrina, si bien no con ocasión de un litigio entre el notario y sus empleados, sino entre el registrador y su personal auxiliar, ante la

²⁷⁸ Vid. SSTCT de 28-9-1982 (Ar. 5008) y de 30-11-1983 (Ar. 10234), ambas referidas a empleados de notarías.

²⁷⁹ Vid. T. SALA FRANCO, *Personal auxiliar al servicio de notarías y registros de la propiedad*, Revista de Trabajo, nº 52, 1975, pp. 154 y ss.; J.M. GALIANA MORENO, *Sobre la naturaleza laboral de la relación que vincula a los notarios con sus empleados*, RL, Tomo I, 1986, pp. 459 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La naturaleza laboral de la relación de los notarios y sus empleados; la nueva y positiva jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Trabajo, nº 82, 1986, pp. 125-127; J.M. ORDEIG FOS, *La relación laboral de los empleados de notarías*, AL, nº 21, 1986, pp. 1065 y ss.; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, *Empleados de notarías: relación laboral*, AL, nº 21, 1986, pág. 1122; J.M. GALIANA MORENO, *Jerarquía normativa y reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (un estudio de la inclusión del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Notarías y otras oficinas similares)*, RPS, nº 104, 1974, pp. 35 y ss.

²⁸⁰ Entre muchas otras, vid. SSTs de 16-1 y 17-4-1986 (Ar. 232 y Ar. 2193).

analogía de los supuestos²⁸¹; de este modo, reconocía la existencia de relación laboral entre el registrador y los empleados del registro, pues el funcionario público era aquél y no éstos, advirtiendo que las normas reglamentarias en que se pudiera haber fundamentado la inaplicación del Derecho del Trabajo debían ceder ante la presunción legal de laboralidad²⁸². Por supuesto, el TS tampoco albergaría dudas sobre la naturaleza laboral de la relación de los empleados de registros o de los empleados de las cámaras oficiales de comercio, industria o navegación²⁸³, con la salvedad de lo que pueda derivarse de la Ley 3/1993²⁸⁴; y a la misma conclusión ha de llegarse respecto de los empleados de una cámara de la propiedad urbana²⁸⁵.

En cuanto a la protección social, la incorporación al Sistema de los empleados de corredores de comercio no suscitó grandes dudas; desde su creación, la Mutualidad Benéfica del Cuerpo de Corredores Colegiados de Comercio limitaba su ámbito subjetivo a los corredores, y no a sus empleados²⁸⁶, por lo que la inclusión expresa en el Régimen General -art. 61 tanto de la LSS 1966 como de la LGSS 1974- operaba en toda su intensidad. Por su parte, los empleados de Registros estaban incorporados a la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España²⁸⁷; sin embargo, ello no fue obstáculo para que ese personal auxiliar se integrara con celeridad en el Sistema, pues la Mutualidad Benéfica únicamente dispensaba protección al personal de plantilla²⁸⁸, quedando excluido el personal no fijo²⁸⁹, y, en cualquier caso, sólo actuaba para

²⁸¹ Vid. STCT de 13-9-1988 (Ar. 5677).

²⁸² Extensamente, vid. J.M. GOERLICH PESET, *La relación de trabajo de los empleados de notarias*, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 25 y ss.; I. SAGARDOY DE SIMÓN, *La relación de trabajo de los empleados de los registros*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 67 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *El reconocimiento jurisprudencial de la relación laboral de los empleados de Registros*, RL, nº 22, 1990, pp. 27 y ss.

²⁸³ Vid. SSTs de 19-3 y 3 y 16-7-1990 (Ar. 2174, Ar. 6048 y Ar. 6404) y de 10-12-1991 (Ar. 9045).

²⁸⁴ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ, *Una exclusión constitutiva y confusa: el personal de las cámaras de comercio preexistente a la Ley 3/1993*, TL, nº 28, 1993, pp. 3 y ss.; A. BLASCO PELLICER, *La relación de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (Análisis de la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 3/93, de 22 de marzo)*, Tribuna Social, nº 47, 1994, pp. 32 y ss.; J. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las cámaras de comercio, industria y navegación*, AL, nº 4, 1989, pp. 35 y ss.

²⁸⁵ Vid. J. TORRENTS MARGALEF, *Las difusas fronteras de la exclusión del personal al servicio de las Administraciones Públicas: la laboralización en el empleo público*, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pág. 847.

²⁸⁶ Vid. art. 1 del Decreto de 5 de noviembre de 1948 (BOE de 27 de noviembre), por el que se crea la Mutualidad, y art. 1 de la Orden de 18 de diciembre de 1948 (BOE de 28 de diciembre), por el que se aprueba su Reglamento.

²⁸⁷ Vid. arts. 49 y ss. Orden de 15 de octubre de 1958 y arts. 88 y 89 Orden de 19 de abril de 1982.

²⁸⁸ Vid. art. 18 del Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros, publicado como Anexo nº 1 a la Orden de 15 de octubre de 1958.

el personal de plantilla con carácter complementario²⁹⁰. Por todo ello, la integración se hizo efectiva a partir de 1 de marzo de 1974²⁹¹.

Finalmente, los empleados de notarías estaban incorporados a una auténtica mutualidad de previsión social, la Mutualidad de Empleados de Notarías²⁹², de caracteres muy particulares, porque en ella no concurrían todos los requisitos para ser calificada como entidad sustitutoria, pero sí cumplía esa función. La realidad material primó sobre el dato formal, y aunque esta mutualidad no se constituyó al amparo del Decreto de 10 de agosto de 1954, ni se encontraba bajo la tutela del Ministerio de Trabajo, sino del Ministerio de Justicia, el TS entendió que se trataba de una verdadera entidad sustitutoria²⁹³, al menos en aquellas prestaciones en que su normativa específica le atribuía esa función (jubilación, IP y muerte y supervivencia)²⁹⁴. En consecuencia, los empleados de notarías estaban comprendidos en el Sistema de Seguridad Social, en el Régimen General, pero con una acción protectora definida por exclusión, o de forma residual, supeditada a los beneficios que concediese la Mutualidad. El RD 2248/1985, de 20 de noviembre, estableció las condiciones para la integración de entidades sustitutorias²⁹⁵, pero esa norma genérica únicamente establecía un marco, necesitado de concreción, por lo que los empleados de notarías continuaron en la misma situación hasta la Orden de 21 de febrero de 1996²⁹⁶; a tenor de su art. 1 «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»²⁹⁷. La Orden de 16 de enero de 1997 procedería al desglose del patrimonio

²⁸⁹ Precisamente por ello, alguna sentencia ha entendido que el personal temporal debía darse de alta en el Régimen General desde la creación misma del Sistema, mientras que no nacía esa obligación para el personal fijo, que estaba amparado por la Mutualidad Benéfica; vid. STSJ de Galicia de 30-1-2004 (JUR 154789).

²⁹⁰ Sobre la evolución normativa, vid. STSJ de Galicia de 30-3-2004 (JUR 154789).

²⁹¹ A raíz de una Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 28 de febrero de 1974; vid. STS (Cont-Adv.) de 11-7-1990 (Ar. 6028).

²⁹² Cuyo Estatuto se recoge en la Orden de 11 de diciembre de 1968 (BOE de 3 de enero de 1969).

²⁹³ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 5-7-1999 (Ar. 5917) y de 2-3-2004 (Ar. 3535/2005).

²⁹⁴ Vid. SSTS de 3 y 10-7-1995 (Ar. 5472 y Ar. 5918) y de 27-1-1996 (Ar. 205), entre muchas otras.

²⁹⁵ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64, pág. 494, nota 85.

²⁹⁶ Vid. J.J. DE VAL ARNAL, B. BURDÍO ROMEO y J.A. CARRIZOSA VICENTE, *Una nueva integración en el Régimen General de la Seguridad Social: los empleados de notarías, y un problema: el haber de cesantía y la prestación por desempleo*, Tribuna Social, nº 68-69, 1996, pp. 28 y ss.

²⁹⁷ Vid. STSJ de Extremadura de 22-4-1997 (AS 1680).

y disolución de la Mutualidad de Empleados de Notarías, confirmando la plena incorporación al Sistema de este colectivo.

·
·
·H

CAPÍTULO V- LA TERRITORIALIDAD COMO LÍMITE NATURAL DEL SISTEMA Y LOS PROBLEMAS DE LEY APLICABLE

El radio de acción de la Seguridad Social, por su marcado carácter público, discurre paralelo al de la soberanía del Estado. Pero el criterio territorial no tiene un alcance absoluto; un análisis de derecho comparado demuestra que a menudo la previsión social no alcanza, al menos con carácter obligatorio, a todo el Estado. Obviando manifestaciones puntuales de la acción protectora limitadas geográficamente (como el subsidio por desempleo -o la renta agraria- para los trabajadores de Andalucía y Extremadura¹, que fue considerado compatible con la CE²), las posibilidades financieras pueden condicionar la extensión de la previsión social, obligando a restringir el sistema a zonas geográficas concretas, habitualmente los núcleos urbanos, hasta que la coyuntura económica posibilite su extensión³. Con carácter general, las limitaciones geográficas dentro del territorio de un Estado sólo se producen en países con graves dificultades económicas por encontrarse en vías de desarrollo, o, en su caso, por conflictos de soberanía sobre una determinada región⁴. En el resto de países, las exclusiones, de haberlas, se relacionan o bien con la instauración de instrumentos de previsión particulares para determinados territorios⁵, o bien, lo que es más habitual, con el tamaño de la empresa o el sector productivo en el que opera, con el propósito de

¹ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, *El subsidio por desempleo en los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad*, REDT, nº 41, 1990, pp. 141 y ss.

² Vid. STC 90/1989, de 11 de mayo.

³ Así sucede en Panamá, aunque los trabajadores que presten servicios en distritos no incluidos dentro de la obligatoriedad del Sistema tienen opción de incorporarse a él voluntariamente; arts. 2 y 3 Ley Orgánica Panameña de la Caja de Seguro Social y Reglamentos que la complementan (Decreto-Ley nº 114, de 27 de agosto de 1954, por el que se modifica la Ley 134, de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social). En Guatemala la expansión también es progresiva, pues así lo permite el art. 27 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (aprobada por Decreto del Congreso de la República de Guatemala nº 295 de 30 de octubre de 1946); en su virtud, y a modo de ejemplo, el Acuerdo nº 1121 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de 24 de febrero de 2003, decidió que la protección frente a la enfermedad y la maternidad cubriese también los Departamentos de Chimaltenango, Huehuetenango, San Marcos y Jutiapa. En el mismo sentido, el art. 1 de la Ley hondureña del Seguro Social y el Decreto nº 080-2001 de 1 de junio de 2001, que contiene sus reformas, advierten que «la Seguridad Social se aplicará en forma gradual y progresiva tanto en lo referente a los riesgos a cubrir como en cuanto a las zonas geográficas a incorporar, de conformidad a los estudios actuariales que se realicen al efecto».

⁴ En India, el art. 1.2 de la *Employees' Provident Funds and Miscellaneous Provisions Act* de 4 de marzo de 1952 excluye de su ámbito de aplicación al Estado de *Jammu y Kashmir*, porque la soberanía de ese territorio es objeto de disputa entre India y Pakistán.

⁵ Los condados de Galveston, Brazoria y Matagorda (Texas, Estados Unidos) pudieron optar en su momento por permanecer al margen del Sistema estadounidense de Seguridad Social, ya que organizaron el suyo propio sobre la base de un plan de pensiones privado; vid. http://en.wikipedia.org/wiki/Social_Security_Act.

beneficiar a las PYMES⁶. Las dificultades técnicas y de gestión, la forma de Estado y el alto número de potenciales beneficiarios pueden provocar dificultades evidentes para extender la Seguridad Social más allá de los núcleos urbanos⁷.

1- Las fronteras nacionales como lindes del Sistema

Los sistemas de Seguridad Social se construyen sobre una base eminentemente territorial⁸ -mucho más acusada si han preferido el reparto, ya que la capitalización es susceptible de mejor internacionalización⁹-, y esa circunstancia permite delimitar tanto su ámbito de aplicación personal como el de dispensación de su acción protectora¹⁰. Desde la perspectiva del campo de aplicación, la territorialidad es decisiva en dos vertientes: la residencia, por un lado, y el lugar de ejercicio de la actividad, por otro. Es claro que los sistemas de Seguridad Social se dirigen a los residentes en el Estado que los sostiene. Superadas ya, al menos en España, las restricciones por razón de nacionalidad, todos los residentes se encuentran en disposición de acceder al campo de aplicación de la Seguridad Social. La residencia no es suficiente por sí misma para justificar el acceso al Sistema y el derecho a prestaciones, pero se erige, en la mayor parte de ocasiones, en condición *sine qua non*, como manifiesta el art. 7 LGSS. En él se aprecia con nitidez que el campo de aplicación del Sistema se delimita por la residencia, tanto en la modalidad contributiva (apartado 1), como en las prestaciones no contributivas (apartados 3 y 5).

⁶ En Japón, la *Employees' Pension Insurance Act* de 1954 distingue entre «lugares de trabajo obligatoriamente protegidos» y «lugares de trabajo voluntariamente protegidos». Entre los primeros se encuentran las empresas públicas y también las privadas que empleen más de cinco trabajadores o los barcos que superen determinado tonelaje. En otros casos, los lugares de trabajo, y quienes allí prestan servicios, únicamente estarán protegidos cuando su inclusión sea decidida por el Gobierno a petición de los trabajadores; también es posible, previo acuerdo trabajador-empresario y autorización del Gobierno, la cobertura de un trabajador individualmente considerado que preste servicios en un lugar de trabajo no protegido. En India, la *Employees' Provident Funds and Miscellaneous Provisions Act* de 4 de marzo de 1952 limita su aplicación a las empresas de más de veinte trabajadores, mientras que la *Employees' State Insurance Act* de 1948 se dirige únicamente a las empresas de más de diez trabajadores.

⁷ Así sucede en China; vid. W. JIE, *China's Social Security System*, en <http://www.cato.org/events/china/papers/jie.html>.

⁸ «Il carattere rigidamente territoriale della legislazione sociale», en palabras de F. DE COMPADRI y P. GUALTIEROTTI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 111.

⁹ A modo de ejemplo, el Decreto Legislativo de El Salvador nº 927, de 19 de diciembre de 1996, por el que se crea el Sistema de Ahorro para Pensiones para los trabajadores del sector privado, público y municipal, no pone reparo alguno para la afiliación de los salvadoreños no residentes (art. 9).

¹⁰ Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 389-390.

La segunda manifestación de la territorialidad se vincula con el criterio profesional. El mero hecho de desarrollar una actividad profesional no es suficiente para el Sistema de Seguridad Social, sino que el desempeño de la misma debe localizarse en el territorio en el que ese Sistema actúa. Lógicamente, el sistema de Seguridad Social de un concreto Estado no puede englobar todas las manifestaciones de profesionalidad que se materialicen en cualquier lugar del mundo. Con más o menos excepciones todos los sistemas de Seguridad Social limitan su actuación a un concreto ámbito territorial, coincidente por lo general con un Estado. No se ha desarrollado hasta la fecha un sistema supranacional de protección social, por cuestiones económicas básicamente. Los mecanismos de coordinación, de larga tradición histórica¹¹ e instituidos a través de convenios internacionales o del Derecho Comunitario, persiguen únicamente la protección del migrante, mediante la prohibición de discriminaciones y la toma en consideración de los períodos de trabajo y residencia en otros Estados.

La territorialidad cuenta en el momento actual con excepciones notables, previstas tanto en normas de carácter supranacional como en la propia legislación interna de los Estados; pero como excepciones, exigen una interpretación restrictiva, y no desvirtúan el criterio territorial. Se trata, a la postre, o bien de modulaciones basadas en motivos de oportunidad y conveniencia técnica y/o económica, justificadas porque el sujeto que abandona el territorio mantiene vínculos notables con el Estado de origen que aconsejan la permanencia en sus mecanismos de protección social (trabajadores desplazados temporalmente por su empresa a otro Estado, por ejemplo); o bien de una manifestación del deber del Estado de velar por sus nacionales dondequiera se encuentren, deber que impone el art. 42 CE y que, específicamente referido a la Seguridad Social, y con formulación amplia –se alude a «protección social»–, se encuentra expresamente recogido en el art. 7.4 LGSS.

La territorialidad, sea en su vertiente de residencia sea en la de ejecución del trabajo, resulta un imperativo tanto de la financiación como de la gestión de un sistema de Seguridad Social. De la financiación en cualquiera de sus manifestaciones, pues el Sistema no ingresará, salvo excepciones, ni las cotizaciones ni los impuestos, o

¹¹ Vid. A. MONTROYA MELGAR, *La Seguridad Social de los emigrantes*, RISS, nº 6, 1966, pp. 1191 y ss.; J.L. TORTUERO PLAZA, "Técnicas de aplicación de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con los países de la Comunidad Económica Europea", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 337 y ss.; F. FERRERAS ALONSO, *Los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social: los convenio bilaterales*, DL, nº 33, 1991, pp. 81 y ss.; E. TAMAGNO,

cualesquiera de los recursos enumerados en el art. 86 LGSS, que deriven de la residencia o trabajo en otro Estado. De la gestión, porque el sujeto comprendido en el campo de aplicación, y en su caso el beneficiario, no sólo generan derechos, sino también obligaciones, y su cumplimiento requiere, de ordinario, una proximidad con los entes encargados de velar por el buen funcionamiento del Sistema, cuyas posibilidades de actuación quedan prácticamente anuladas más allá de las fronteras del Estado al que pertenece la Administración a la que sirven.

A la postre, «este criterio de residencia y ejercicio de la actividad en suelo nacional es lógico para que pueda ser viable técnicamente la dispensación de la mayoría de las prestaciones»¹², particularmente las prestaciones en especie, como la asistencia sanitaria,¹ pero también otras, como por ejemplo la prestación o el subsidio por desempleo -cuyo sentido último enlazaría con la responsabilidad del propio Estado por no haber podido generar empleo para todos los residentes en su territorio-, ya que la situación legal de desempleo en un Estado determinado se aviene mal con el abandono de ese Estado por parte de quien está recibiendo la correspondiente protección.

La territorialidad, que está ligada al «concepto tradicional de soberanía»¹³, se convierte en un criterio no sólo racional, sino estrictamente necesario por razones incluso de derecho internacional. Las propias normas jurídicas presentan una evidente dimensión territorial, ya que su elaboración, promulgación y aplicación se vinculan íntimamente al Estado del que emanan. Esas restricciones alcanzan a los sistemas de Seguridad Social, que no podrían declarar comprendido en su campo de aplicación, por ejemplo, a un extranjero que nunca ha residido ni trabajado en su territorio, al menos sin su aceptación. Cuestión distinta es que la residencia o el ejercicio de una actividad en España permita prolongar, o en su caso establecer, una relación jurídica de Seguridad Social con un sujeto que ha abandonado el territorio del Estado¹⁴. En último término, la territorialidad se convierte en imprescindible para la propia subsistencia del sistema; al

Coordinación de los programas de Seguridad Social entre países desarrollados y en desarrollo, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1994, pp. 3 y ss.

¹² Cfr. A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pág. 92.

¹³ Cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Pabellones de conveniencia y Seguridad Social*, AS, nº 6, 2002, pág. 56.

¹⁴ «The link between social security and territory is not inevitable; international law does not contain an overall legal rule which confines the powers of status to make regulation to facts which occur within their borders. Instead, the link between the (social) responsibility of a state and its territory is due to the fact that the social and political responsibility of a state cannot extend to all people in the world»; cfr. F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pág. 25.

facilitar la identificación de los sujetos comprendidos en su campo de aplicación es posible prever, o al menos valorar de forma aproximada, el coste que supondrá la dispensación de la acción protectora y, por consiguiente, determinar las necesidades de financiación para hacer frente a las obligaciones correspondientes.

La territorialidad, por tanto, es consustancial al sistema de Seguridad Social, y su eventual supresión es inviable, en la medida que ningún sistema podría afrontar las consecuencias de masivas solicitudes de prestaciones imprevistas, presentadas por personas que no residen ni trabajan en el territorio del Estado, o que se desplazan a él por la generosidad de sus mecanismos de protección social. No obstante, en el ámbito comunitario la territorialidad se ha flexibilizado en ocasiones, en concreto respecto de las prestaciones no contributivas, que ya antes de su instauración en el Sistema español se preveía que serían «especialmente conflictivas en el ámbito internacional»¹⁵. Merced a la doctrina del TJCE, como se verá¹⁶, la libertad de circulación ampara a quienes se desplazan, en ciertas condiciones, a un Estado con un sistema de Seguridad Social más generoso, siquiera en alguna prestación, con el propósito, no siempre oculto, de disfrutar de beneficios a los que no tendrían derecho si permaneciesen en el Estado de origen. La igualdad de trato reconocida en tales casos obliga a un Estado a dispensar protección a quien técnicamente no se encuentra en el campo de aplicación del sistema, ni cumple los requisitos previstos para la prestación correspondiente, que se suplen mediante una interpretación generosa en extremo.

A salvo de esas excepciones, que relativizan el requisito de territorialidad, la trascendencia de la residencia y/o ejercicio de una actividad profesional en España resulta incuestionable, y ello genera consecuencias que en ocasiones probablemente no han estado en la mente del legislador, como sucede con la exclusión de ciertos supuestos de teletrabajo realizados físicamente en el extranjero a favor de una empresa radicada en España¹⁷, que no encajan en la noción de trabajo transfronterizo¹⁸. En

¹⁵ Cfr. AA.VV., *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no Contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 71.

¹⁶ V.8.

¹⁷ «No es ni mucho menos infrecuente que la prestación laboral se realice en el extranjero, el control de la misma se realice desde aquí y aquí se remitan en tiempo real los frutos del trabajo. No parece que, mientras la ley diga lo que dice, pueda entenderse que estos trabajadores entran dentro del campo del campo de aplicación del Sistema. El principio de territorialidad que rige los sistemas de Seguridad Social conduce, en efecto, a esta exclusión. Lo que no deja de ser *de facto* una vía que consiente la elusión tecnológica de las obligaciones en materia de Seguridad Social y de su costo económico, pues es evidente que esa misma prestación laboral realizada por el mismo trabajador dentro del territorio nacional quedaría sujeta al imperio del Sistema»; cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J. THIBAUT ARANDA, «El teletrabajo y la Seguridad Social», en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 51. En el mismo

cualquier caso, y con los inconvenientes que pudiera tener, la territorialidad ha conseguido desplazar a la nacionalidad –del trabajador o de la propia empresa-¹⁹ y al estado de necesidad, de modo que la profesionalidad y la territorialidad se han convertido en los criterios determinantes del ingreso en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

2- La doble vertiente de la residencia: requisito de acceso y de devengo de prestaciones

La necesidad de residir en territorio español es la consecuencia más inmediata del criterio de territorialidad. El Sistema de Seguridad Social utiliza la residencia como elemento cotidiano de funcionamiento, un requisito casi consustancial a la dinámica de protección. Tanto en la modalidad contributiva como en las pensiones no contributivas se exigen períodos de carencia, bien referidos a cotización, bien a la propia residencia, lo que en ambos casos implica –salvo excepciones, como los trabajadores transfronterizos- la residencia en España durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

La residencia no sólo afecta al período de carencia, sino que impregna decisivamente la configuración de las prestaciones no contributivas, cuya función consiste en atender estados de necesidad real de las personas que se encuentren en el territorio del Estado²⁰. Así se justifica que no sean exportables, ni siquiera en el ámbito de la UE. Aunque esa opción ha merecido críticas²¹, el art. 10 bis del Reglamento 1408/71 establece que las prestaciones no contributivas deben disfrutarse

sentido, vid. A.M. ROMERO BURILLO, “Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 1147 y ss. Acerca de la ley aplicable al contrato, vid. R. SELLAS I BENVINGUT, “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 1123 y ss.;

¹⁸ Vid. A.M. ROMERO BURILLO, *La regulación laboral y de Seguridad Social del trabajo transfronterizo*, RTSS (CEF), nº 205, 2000, pp. 102-103.

¹⁹ Lo mismo ocurre en el Sistema francés, como se ha encargado de poner de manifiesto la *Cour de Cassation* en su sentencia de 18-3-1999, *CPAM Haute-Savoie et a. c/ Sté Unic Mann et a.*, *arrêt* nº 1325 P: *Juris-Data* nº 001084.

²⁰ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 71-75.

²¹ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pp. 139, 242-246 y 268-270; J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 167.

«exclusivamente» en el territorio del Estado Miembro de residencia²². El Reglamento 883/2004 se mantiene en esa línea, pues su art. 70.4 afirma que las prestaciones especiales de carácter no contributivo «únicamente serán facilitadas en el Estado Miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación»; y añade que «esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia».

La razón de ser de la exportación de prestaciones contributivas –el derecho adquirido por las aportaciones realizadas- está ausente en las no contributivas, inescindiblemente vinculadas al estado de necesidad y al compromiso de lucha contra la pobreza del propio Estado. El abandono del territorio provoca la ruptura del vínculo que justifica el recurso a la solidaridad. Por ello, la decisión de continuar o no satisfaciendo una prestación no contributiva en esos supuestos corresponde al legislador, con un amplio margen de maniobra que dificulta la apreciación de discriminación, aunque fuera indirecta, en el requisito de residencia. Además, la percepción de las prestaciones no contributivas parece conectada en cierto modo a su forma de financiación. No debe olvidarse que la financiación de las prestaciones no contributivas se basa exclusivamente en impuestos, de modo que si el perceptor no participa en su sostenimiento mediante el cumplimiento de sus obligaciones impositivas en territorio español, o no lo ha hecho durante cierto tiempo, no tendrá derecho a la prestación, o la dejará de percibir en su caso, salvo que una norma establezca lo contrario.

La necesidad de residencia en España para causar prestaciones no contributivas cuenta con una notable excepción en las prestaciones familiares, siempre que entren en juego los reglamentos comunitarios de coordinación. Las prestaciones familiares requieren que el beneficiario acredite su residencia en territorio español; tras la Ley 52/2003 el Sistema exige también la residencia en territorio español de los hijos [art. 182.1.b)]. Asimismo, el nacimiento o la adopción –cuando la prestación responda a esas circunstancias- se ha de producir en España, aunque la prestación podría causarse por nacimiento o adopción en país extranjero cuando los nacidos o adoptados se integren

²² Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, “Artículo 7”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 151; A. OJEDA AVILÉS, “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?”, en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 86-87; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pp. 130-141; A.I. PÉREZ CAMPOS, *Derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado Miembro*, AS, nº 9, 2001, pp. 25-26.

inmediatamente en un núcleo familiar con residencia en España (arts. 20.2 y 24.1 RD 1335/2005)²³.

El legislador ha tratado de reaccionar frente a alguna decisión de los tribunales, que concedían la prestación por hijo a cargo aun cuando los hijos residiesen en el extranjero²⁴, al poner el énfasis en la dependencia económica y no en la convivencia física²⁵. Sin embargo, la reforma legal tiene un alcance limitado por la primacía del Derecho Comunitario²⁶. El art. 67 del Reglamento 883/2004 –al igual que el Capítulo 7 del Título III Reglamento 1408/71- lleva por rúbrica “prestaciones familiares”, si bien es menester advertir que a efectos del ordenamiento español alcanza únicamente a las prestaciones por hijos a cargo²⁷. El citado art. 67 –de manera análoga al art. 73 Reglamento 1408/71- dispone que «cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado Miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado Miembro, como si residieran en el Estado Miembro competente»²⁸.

La dispensación de la acción protectora requiere en estos casos una vinculación entre el beneficiario y el Sistema, que se satisface con la residencia del propio

²³ Vid. M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 182 y ss.

²⁴ Vid. SSTs de 11-4 y 3-5-2000 (Ar. 3435 y Ar. 6619) y de 21-1-2003 (Ar. 1989). Comenta esta última sentencia, S. OLARTE ENCABO, *Prestación no contributiva por hijos a cargo: replanteamiento del requisito de la convivencia en supuestos de extranjería*, TL, nº 69, 2003, pp. 183 y ss.

²⁵ Vid. J.M. MIRANDA BOTO, “La convivencia de familiares de trabajadores extranjeros como requisito para la obtención de prestaciones en la jurisprudencia nacional y comunitaria”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1335 y ss.

²⁶ Vid. M.G. QUINTERO LIMA, “Las prestaciones familiares por hijo a cargo y la doble cláusula de residencia de la nueva redacción del art. 182.1 LGSS: obstáculo a la libre circulación de trabajadores y otros problemas”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 280 y ss.

²⁷ El art. 1.z) del propio Reglamento 883/2004 –al igual que el art. 1.u.i) del Reglamento 1408/71- define como “prestaciones familiares” «todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el Anexo I». El citado Anexo –a diferencia del Anexo II del Reglamento 1408/71, que en este punto se encontraba en blanco- comprende una referencia a España, que excluye del concepto de prestaciones familiares la «asignación de nacimiento de pago único». La referencia en singular resulta equívoca, pues parece referirse a una prestación que, al menos con tal denominación, no existe en el ordenamiento español. Por ello, debe entenderse que esa expresión contenida en el Anexo I del Reglamento 883/2003 se refiere a una categoría de prestaciones caracterizadas por conceder una prestación de pago único por nacimiento. Esos atributos pueden predicarse tanto de la prestación por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos (arts. 185 y 186 LGSS) como de la prestación por parto o adopción múltiples (arts. 187 y 188 LGSS).

²⁸ Conforme a los arts. 72 y 73 Reglamento 1408/71, el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia -ya preste servicios, ya se encuentre disfrutando de la protección por desempleo- puede causar prestaciones de protección a la familia aunque sus familiares residan en el territorio de otro Estado Miembro; vid. STJCE Gatto (de 22-2-1990, asunto C-12/89). La solución difiere cuando se solicita una ayuda de estudios para hijos que no residen en el territorio de la UE; vid. STJCE Fahmi (de 20-3-2001, asunto C-33/99).

beneficiario, pero no necesariamente de los hijos; en palabras de los arts. 1.f) Reglamento 1408/71 y 1.i).3) del Reglamento 883/2004, la convivencia de los familiares se entiende cumplida cuando «la persona de que se trate esté principalmente a cargo de la persona asegurada o del titular de una pensión»²⁹. Además, el art. 67 del Reglamento 883/2004 prevé expresamente la posibilidad de que el beneficiario de una prestación por hijo a cargo resida fuera de España. Es necesario que el solicitante de la prestación sea pensionista del Sistema español de Seguridad Social, pues en tal caso «tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado Miembro competente» respecto de su pensión.

Por otro lado, la residencia provoca situaciones que podrían vincular económicamente al Estado respecto de sujetos no comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. En particular, se ha planteado si el Estado Miembro en el que un pensionista reside debe abonar el complemento por mínimos para garantizar el importe de la pensión mínima fijado en cada ejercicio económico por ese Estado, incluso cuando la pensión a complementar se disfruta en el Estado de residencia, en el caso que aquí interesa España, en virtud de exportación, sin participación alguna del Sistema español en su gestión, concesión o financiación³⁰. El problema parte del art. 50 Reglamento 1408/71, y se mantiene en términos similares en el art. 58 Reglamento 883/2004, incluido en el capítulo del Reglamento dedicado a las pensiones de vejez y supervivencia.

La concesión de complementos por mínimos debe limitarse a las pensiones que se hayan generado tomando en consideración, siquiera parcialmente, períodos de cotización o residencia en territorio español. Los preceptos citados remiten, al fin y al cabo, a las disposiciones del capítulo en el que están ubicados, destinado a fijar las reglas de cálculo de las prestaciones y a ofrecer pautas para resolver los problemas que plantea la totalización. De este modo, si el beneficiario de la pensión reside en cualquiera de los Estados Miembros que han sido tenidos en cuenta para reconocerla y calcular su cuantía, tiene derecho a que la pensión alcance al menos el importe de la pensión mínima fijada en ese Estado Miembro. Pero si se reside en un Estado distinto, la exportación de prestaciones no implica la garantía de unos ingresos mínimos. Asimismo, el Sistema de Seguridad Social se preocupa no sólo de complementar las

²⁹ En la misma línea, vid. art. 1.g) del Convenio nº 157 OIT.

³⁰ Vid. A. OJEDA AVILÉS, "Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?", en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 87-89.

prestaciones para que alcancen un nivel mínimo, sino de revalorizarlas anualmente para que se mantengan en unos parámetros razonables. Sin embargo, ese incremento se limita a las prestaciones causadas conforme al Sistema de Seguridad Social.

Como se constata en el art. 14 RD 1611/2005, de 30 de diciembre, el Sistema únicamente concede el complemento por mínimos a las pensiones patrias, y no a las foráneas, ya que los complementos por mínimos sólo se justifican para las pensiones en las que esté «a cargo de la Seguridad Social un tanto por ciento de su cuantía teórica». El recurso a una norma interna, es claro, carece de entidad suficiente para cerrar la cuestión, por la primacía del Derecho Comunitario. Pero ni el Reglamento 1408/71 ni el Reglamento 883/2004 se han mostrado tajantes en este punto, de modo que, salvo decisión en contrario del TJCE, el beneficiario de una pensión extranjera que se disfrute en España en virtud de exportación no tiene derecho al complemento por mínimos o a la revalorización de su pensión con cargo al Sistema español, en la medida que la percepción en España de una prestación exportada no supone su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, ni de forma directa, ni en situación asimilada al alta, y ni siquiera le convierte en beneficiario³¹. El Sistema, en su caso, actuaría como intermediario en un papel gestor sin trascendencia material, más allá de los incumplimientos derivados de esa labor de facilitador del pago de prestaciones foráneas a residentes en España.

La residencia se convierte, así pues, en elemento primordial para la inclusión en el Sistema y la dispensación de la acción protectora, lo que, como regla general, excluye de los beneficios de Seguridad Social a quienes no acrediten residencia en España en el momento del hecho causante³². Ahora bien, la determinación de quién ha dejado de residir en España no siempre resulta sencilla. El ordenamiento se pronuncia expresamente respecto de las prestaciones no contributivas; en efecto, art. 28.4 RD 1335/2005, para las prestaciones familiares, y el art. 10.2 RD 357/1991, para las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, disponen que la residencia continuada anterior a la solicitud de la pensión y la posterior al reconocimiento del derecho no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas. La enfermedad que justifica la ausencia debe ser padecida por el propio beneficiario, pues el precepto no

³¹ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 10-1-2003 (AS 3221).

³² Vid. STS de 19-2-1990 (Ar. 1116).

parece amparar las ausencias motivadas por enfermedad de un familiar³³. La pérdida de la residencia puede producirse de forma involuntaria, como sucedería en caso de un recluso trasladado a otro Estado para cumplir la parte restante de su condena, y las consecuencias en materia de Seguridad Social serían las mismas³⁴.

El art. 28.4 RD 1335/2005, en relación con los apartados a) y b) del art. 10.1 de esa misma norma, ha introducido una ficción de residencia en los casos de traslado del trabajador fuera del territorio nacional cuando se mantenga la situación asimilada al alta (o de alta real por aplicación de los Reglamentos comunitarios de coordinación o convenios internacionales correspondientes)³⁵, ya que se pueden generar prestaciones familiares aun cuando el propio solicitante/beneficiario e incluso sus hijos residan en otro Estado; este supuesto podría haber quedado comprendido en la antigua modalidad contributiva de prestaciones por hijos a cargo, pero la reordenación de las prestaciones familiares operada por la Ley 52/2003, y su definitiva calificación como no contributivas cuando consistan en una prestación en metálico, provocaba la exclusión de quien abandona España por motivos de trabajo. Así se explica, probablemente, que se introduzca esta excepción al requisito de residencia para causar una prestación no contributiva, porque convierte en determinante para esta clase de prestaciones el criterio más clásico de la modalidad contributiva, la profesionalidad; en cualquier caso, el art. 73 Reglamento comunitario 1408/71 podía conducir a idéntico resultado³⁶.

La seguridad jurídica que proporcionan estos preceptos contrasta con la incertidumbre que se produce en el resto de las prestaciones, especialmente en la modalidad contributiva, sobremanera cuando la contingencia se actualiza en el extranjero. La causa del abandono del territorio español, y eventualmente la duración de la ausencia, se convierten entonces en elementos determinantes. Es evidente que un desplazamiento esporádico con objeto de disfrutar de un período de ocio vacacional no rompe el vínculo con el territorio español³⁷, y que los traslados por motivos laborales no suscitan esas incertidumbres, pues la pérdida de la residencia se ve compensada, si no pudiera mantenerse la situación de alta, por la expresa previsión de tal situación como asimilada a la de alta (art. 125.2 LGSS). Con todo, no se contemplan explícitamente las

³³ Art. 10.2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla la Ley 26/1990 en materia de pensiones no contributivas.

³⁴ Vid. STJCE Laurin Effing (de 20-1-2005, asunto C-302/02).

³⁵ V.4.

³⁶ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del RD 1335/2005, de 11 de noviembre) (Primera parte)*, Tribuna Social, nº 181, 2005, pág. 26.

consecuencias en materia de Seguridad Social del abandono voluntario del territorio nacional sin intención, al menos decidida, de retornar a corto plazo.

El requisito de territorialidad, «al que ningún sistema de Seguridad Social puede ser ajeno»³⁸, determina de ordinario la exclusión del Sistema de quienes deciden residir en un Estado distinto. El plazo de noventa días anuales previsto para las prestaciones asistenciales no resulta operativo en la modalidad contributiva, ya que ambos supuestos carecen de identidad sustancial. En el caso de las pensiones no contributivas, ese plazo pretende impedir que ausencias esporádicas priven de protección a personas en estado de necesidad que han residido en España durante un período de tiempo prolongado, mantienen su condición de residentes en el momento de la solicitud de la prestación y la conservan de forma sustancial durante todo el tiempo de percepción. En cambio, las prestaciones contributivas tratan de amparar a la persona que está prestando servicios en España, o a sus familiares, y que temporal o definitivamente no puede continuar realizando esa labor. Por consiguiente, el abandono voluntario del territorio nacional no provoca *per se* la exclusión del Sistema, que se producirá únicamente ante la cesación del ejercicio de una actividad profesional siempre que no se pueda mantener una situación de alta o asimilada³⁹.

3- Lugar de residencia *versus* lugar de prestación de servicios: el trabajo transfronterizo

La dimensión internacional de determinados problemas ha exigido a los Estados «la búsqueda de soluciones que desbordan las propias fronteras»⁴⁰. Los convenios internacionales, bilaterales y multilaterales, así como en especial el Derecho Comunitario, se han preocupado por mitigar las consecuencias que la aplicación estricta del principio de territorialidad generaría en los derechos de Seguridad Social de los trabajadores que prestan servicios en varios países a lo largo de su vida laboral⁴¹. El objetivo es, máxime en el ámbito de la UE, el establecimiento de medidas que faciliten

³⁷ Vid. STS de 3-6-1975 (Ar. 2691).

³⁸ Cfr. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 108.

³⁹ Por ejemplo, el trabajador, aun fuera de España, se encontraría en situación asimilada al alta para la prestación de incapacidad permanente si hubiera desempeñado un trabajo con riesgo específico de contraer una enfermedad profesional (art. 36.1.9 RD 84/1996).

⁴⁰ Cfr. J.L. TORTUERO PLAZA, *Consideraciones sobre la internacionalización de la Seguridad Social española*, RPS, nº 122, 1979, pág. 195.

la movilidad de mano de obra, impidiendo que la prestación de servicios en otro Estado provoque una pérdida total de derechos en materia de Seguridad Social. El cómputo recíproco de cotizaciones, la totalización de períodos de carencia o la *pro rata temporis* se han convertido en los mecanismos de coordinación esenciales.

Pero a los efectos que aquí interesan, las normas de coordinación presentan menor relevancia que las cláusulas sobre ley aplicable, pues en virtud de éstas se excepciona la territorialidad de los ordenamientos de Seguridad Social. En efecto, la normativa internacional y la comunitaria prevén determinados supuestos en los que la legislación de Seguridad Social de un Estado acompaña al trabajador que reside y/o realiza su actividad en el territorio de otro Estado. La distorsión que provocaría la aplicación simultánea de varios sistemas de Seguridad Social, fundados en principios diferentes y que dispensan una protección de diverso alcance, justifica que estas normas internacionales se basen en la elección de una única legislación, que se aplicará en su totalidad y de forma exclusiva.

En este contexto, tanto la normativa internacional como la comunitaria consideran más relevante la territorialidad de la actividad que el lugar de residencia, y por ello se han decantado por la aplicación de la *lex loci laboris* en los supuestos de trabajo transfronterizo. Aceptando la definición ofrecida por el art. 1.f) del Reglamento 883/2004, la expresión trabajador fronterizo designa a «toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado Miembro y resida en otro Estado Miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana»⁴². En su concepción más clásica, se trata de trabajadores que han cruzar una frontera para acudir a su lugar de trabajo.

En materia de Seguridad Social, la solución que se deriva del art. 7.1 LGSS es a todas luces insatisfactoria, por cuanto quedarían excluidos del Sistema tanto los trabajadores que residiendo en España trabajasen en otro Estado, como los trabajadores residentes en el extranjero que desarrollasen su actividad en España. A fin de cuentas, el art. 7.1 LGSS exige no sólo la residencia en España, sino también el ejercicio de la actividad en territorio nacional. Sin embargo, cuando un sujeto trabaja o reside en

⁴¹ Vid. M. PÉREZ PÉREZ, *Convenios bilaterales sobre Seguridad Social ratificados por España*, RL, Tomo I, 1985, pp. 189 y ss.

⁴² Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 209-210; A.P. GOLLOT, *Droit Social et protection sociale des expatriés dans la CEE*, Dalloz, Paris, 1993, pp. 139 y ss.; S. NÓBREGA PIZARRO, "The not very typical Social Security of atypical migrants: The case of posted, frontier and seasonal workers", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 111 y ss.

España su vínculo con el territorio es indudable, y su exclusión del Sistema en ambos casos resultaría, por un lado, formalista y contraria a los principios que inspiran el Sistema, y, por otro, notablemente perjudicial para el trabajador, pues no sería extraño que el otro sistema de Seguridad Social implicado también rechazase su pretensión de afiliación y/o alta, lo que abocaría a una completa situación de desamparo.

El Derecho Comunitario, por imperativo de la libre circulación, se ha preocupado de evitar que en la situación descrita el trabajador pudiera quedar completamente desprotegido, y para ello ha previsto reglas de determinación de la ley aplicable. Los Estados Miembros carecen de la posibilidad de establecer normas de conflicto diferentes, y los trabajadores no pueden optar por la legislación que prefieran. La ley aplicable es la que deriva de las reglas previstas en la norma comunitaria⁴³, aun cuando remitan a la legislación menos favorable⁴⁴. Conviene precisar que el Reglamento 883/2004, de 29 de abril de 2004⁴⁵, entró en vigor el 20 de mayo de 2004, si bien no será aplicable hasta que entre en vigor su Reglamento de aplicación⁴⁶. Provisionalmente, por tanto, los Reglamentos 1408/71 y 574/72 se mantienen vigentes y constituyen las normas de referencia, pues no quedarán derogados hasta la fecha en que pueda aplicarse el Reglamento 883/2004⁴⁷. En cualquier caso, tanto el Reglamento 1408/71 como el 883/2004 utilizan como punto de conexión principal la *lex loci laboris*⁴⁸, pues desde una perspectiva contributiva la actividad es un criterio natural⁴⁹,

⁴³ Si en el transcurso de un proceso judicial la norma de conflicto remite al derecho extranjero y la parte a quien corresponda la carga de probar su existencia y contenido no procede a ello, el juez o tribunal no debe aplicar el derecho español, sino extraer las consecuencias pertinentes de la falta de prueba, como en su día precisó la STS 25-5-2001 (Ar. 8698). La STC 34/2004, de 8 de marzo, parecía confirmar esa interpretación, pero la STS de 4-11-2004 (Ar. 1056/2005) vuelve a considerar aplicable el derecho español en ausencia de prueba del derecho extranjero; un comentario a esta última sentencia por A.P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, *De nuevo sobre la alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento laboral*, REDT, nº 126, 2005, pp. 120 y ss.; A. TAPIA HERMIDA, *Prueba del derecho extranjero: entre una normativa cuestionable y una jurisprudencia desafortunada*, RTSS (CEF), nº 269-270, 2005, pp. 161 y ss.; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, *Los hechos probados de las sentencias sociales y el derecho extranjero, consuetudinario y colectivo*, AS, nº 13, 2004, pp. 46 y ss. Respecto de la situación anterior, L.F. CARRILLO POZO, *Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. A propósito de la STC 33/2002, de 11 de febrero*, AS, Tomo V, 2003, pp. 950 y ss.

⁴⁴ Vid. STJCE Horst Miethe (de 12-6-1986, asunto 1/85).

⁴⁵ DOUE de 30 de abril de 2004.

⁴⁶ Art. 91 Reglamento 883/2004.

⁴⁷ Art. 90 Reglamento 883/2004.

⁴⁸ Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 226 y ss.; D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, pp. 107 y ss.

⁴⁹ «The most important principle in Regulation 1408 on which the rules for determining the legislation applicable are based is the principle of the work state»; cfr. F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pág. 94.

frente a la residencia, que actúa en un segundo plano, a modo de causa y/o consecuencia⁵⁰.

En este sentido, los arts. 13.2.a) Reglamento 1408/71 y 11.3 a) Reglamento 883/2004 disponen que «la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en el territorio de un Estado Miembro estará sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado»⁵¹. Como recuerda el TJCE⁵², la aplicación de las normas de conflicto⁵³ previstas en los Reglamentos comunitarios priva a los sistemas de Seguridad Social nacionales de la posibilidad de fijar unilateralmente su ámbito de aplicación personal y territorial de cobertura. Por consiguiente, los trabajadores transfronterizos que se beneficien de la aplicación de los Reglamentos comunitarios están comprendidos en el Sistema español de Seguridad Social cuando realicen en España una actividad mencionada en el art. 7 LGSS⁵⁴.

Los supuestos de extraterritorialidad de la normativa de Seguridad Social no se producen únicamente en el ámbito de la UE, y por ello España ha suscrito convenios bilaterales en materia de Seguridad Social con diversos Estados: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Ecuador, Eslovaquia, Estados Unidos, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido⁵⁵, República Checa, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela⁵⁶. Conviene recordar que la incorporación a la UE de diez nuevos Estados Miembros el 1-5-2004 (entre ellos Eslovaquia, Polonia y la República Checa) no ha supuesto el reconocimiento inmediato

⁵⁰ A falta de pacto entre las partes, la *lex loci laboris* es también la ley aplicable al contrato de trabajo, a tenor del art. 6 del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁵¹ En materia de protección por desempleo se establecen reglas especiales en el art. 71 Reglamento 1408/71 –y también en el art. 65 del Reglamento 883/2004–, que diferencian entre el desempleo total y el desempleo parcial. En este contexto, y de modo simplificado, el trabajador fronterizo que se halle en desempleo parcial o intermitente disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado competente como si residiese en el territorio del mismo. Sin embargo, el trabajador fronterizo en situación de desempleo total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado Miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo; esas prestaciones deben ser abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia; vid. Decisión de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores Migrantes nº 160, de 28 de noviembre de 1995, sobre al alcance del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, relativo al derecho a las prestaciones de desempleo de los trabajadores que no sean trabajadores fronterizos que, en el momento de su último empleo, residieran en el territorio de un Estado Miembro distinto del Estado competente.

⁵² Vid. STJCE Luitjen (de 10-6-1986, asunto 60/85)

⁵³ Sobre la adecuación de calificar estas situaciones como conflictos de leyes, vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 47 y ss.

⁵⁴ Vid. STJCE Bestuur (de 3-5-1990, asunto C-2/89).

⁵⁵ Sólo es aplicable a los trabajadores, de cualquier nacionalidad, desplazados a las islas de Jersey o de Man en el Reino Unido, ya que en estos territorios no son de aplicación los Reglamentos Comunitarios.

⁵⁶ Vid. J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, *Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario*, RMTAS, nº 47, 2003, pp. 31 y ss.

de la libertad de circulación, sino que se ha adoptado un período transitorio⁵⁷. Sin embargo, los Reglamentos comunitarios de coordinación se aplican también en esos Estados Miembros desde la fecha de adhesión, desligando la libre circulación de las reglas de coordinación, como antes había acontecido con los extracomunitarios, que se benefician de esas ventajas en virtud del Reglamento 859/2003. Por su parte, las relaciones de Seguridad Social entre España y Turquía se rigen por el Convenio Europeo de Seguridad Social⁵⁸ («asfixiado» por la preferencia de los Reglamentos Comunitarios)⁵⁹.

Los tratados internacionales se decantan unánimemente por la unicidad de la legislación aplicable (*sigle state rule*)⁶⁰, optando en general por la *lex loci laboris*, en cuya virtud están incluidos en el Sistema español de Seguridad Social los residentes en otro Estado que realicen en territorio español una actividad de las mencionadas en el art. 7 LGSS. En algún caso se matiza que cuando trabajador por cuenta propia o autónomo pudiera estar asegurado a consecuencia de su actividad por la legislación de ambas Partes -porque desarrolle la actividad en ambos países al mismo tiempo, por ejemplo- sólo estará sometido a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga su residencia (Brasil, Filipinas, Polonia). En algunos convenios también se advierte que los trabajadores de una Parte Contratante que presten sus servicios en el territorio de la otra Parte en una empresa de nacionalidad mixta estarán sometidos a la legislación de la Parte en cuyo territorio esté radicada la empresa, salvo que opten por su legislación nacional (Rusia, Ucrania)⁶¹. En fin, algunos convenios se aplican no sólo a los nacionales de los Estados firmantes, sino a toda persona que esté o haya estado

⁵⁷ Vid. VI.4.

⁵⁸ También se ha recurrido a él, con preferencia sobre el convenio bilateral, en relación con Suiza; vid. STS de 7-3-2005 (Ar. 3403)

⁵⁹ Cfr. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 183. Este Convenio constituye la actuación del Consejo de Europa que ha tenido una mayor incidencia en el Sistema de Seguridad Social; vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *La influencia en la legislación española de los instrumentos internacionales sobre Seguridad Social del Consejo de Europa*, RL, nº 12, 1991, pp. 117-118.

⁶⁰ Vid. A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pp. 706-709.

⁶¹ En el ámbito interno, la DA 8ª RD 798/1985, de 19 de mayo, dispone que «los españoles que trabajen o pasen a trabajar en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el Registro Oficial, lo harán, en todo caso, a efectos de la garantía de sus derechos en materia de Seguridad Social, como pertenecientes a una de las empresas españolas participante en aquéllas, debiendo, en consecuencia, figurar dados de alta en el Régimen Especial Español de la Seguridad de los Trabajadores del Mar para todas las contingencias protegidas por el mismo y cubiertos, en forma legal de la de accidentes laborales y enfermedades profesionales, todo ello 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»; vid. M.A. VICENTE PALACIO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 30-31.

sometida a la legislación de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares y derechohabientes (Andorra, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Perú, Uruguay)⁶².

Cabría imaginar el supuesto de trabajo transfronterizo no cubierto por norma internacional (trabajador residente en un país africano diferente a Marruecos o Túnez que preste servicios en territorio español –Ceuta o Melilla, por ejemplo-). En una interpretación estricta del art. 7.1 LGSS debería denegarse la incorporación al campo de aplicación del Sistema en tales circunstancias, pues no se cumple uno de los requisitos expresamente consignados en ese precepto, como es el de la residencia en España. Sin embargo, tal interpretación debería flexibilizarse, pues la *lex loci laboris* parece un nexo de conexión de la suficiente intensidad como para entender cumplido el criterio de territorialidad. Negar el alta del trabajador en esos casos, sobre la base de una interpretación literal, choca con el espíritu y la esencia de un Sistema que cuenta con profundas raíces contributivas, y que pone especial énfasis en el desarrollo de una actividad profesional.

Téngase en cuenta, además, que el trabajador se vería completamente excluido de la acción protectora del Sistema, pues en ningún caso tendría derecho a las prestaciones no contributivas al no residir en España⁶³. Es más, desarrollando una actividad profesional en España quedaría muy limitado el derecho a la asistencia sanitaria. En efecto, si el trabajador transfronterizo fuera extranjero, el caso más usual, y comoquiera que no podría empadronarse, en virtud del art. 12 LOE únicamente recibiría asistencia sanitaria de urgencia si fuera mayor de edad (completa si fuera menor) y la atención médica pertinente en caso de embarazo, parto y postparto; de este modo, quedaría equiparado a los extranjeros en situación irregular aunque hubiera obtenido todas las autorizaciones requeridas. Por otra parte, si el trabajador transfronterizo que presta servicios en España ostentase la nacionalidad española, supuesto poco habitual, ni siquiera tendría reconocido formalmente el derecho a la asistencia sanitaria, porque no está incluido en el Sistema, ni es beneficiario de prestaciones, y aunque careciera de recursos el RD 1088/1989 exige también la residencia en España.

Con el mismo hilo argumental, debería quedar excluido del Sistema el trabajador residente en España que presta sus servicios en otro Estado con el que España no ha

⁶² Se sustituye así «el factor de la nacionalidad por el de la actividad profesional asegurada»; cfr. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pág. 106.

⁶³ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.), *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia, 2005, pág. 244.

previsto el régimen jurídico pertinente en materia de trabajo transfronterizo. Si a efectos de prestaciones contributivas ha de darse más relevancia al lugar de prestación de servicios que a la residencia cuando ambas circunstancias no coinciden, es coherente negar la afiliación y alta de quien aun residiendo en España no realiza su labor en territorio nacional, sin perjuicio, en su caso, de que pudiera suscribir un convenio especial si cumple los requisitos. Este supuesto no presenta identidad de razón con el de trabajadores desplazados, porque el desplazamiento, a diferencia del trabajo transfronterizo, se configura como una situación de carácter temporal en la que el sujeto reside y trabaja en el extranjero por voluntad de su empresa.

No puede calificarse como trabajador transfronterizo, porque no cruza una frontera, o más bien, porque la territorialidad de un buque en función de la Ley del Pabellón constituye una ficción jurídica, a quien no ejerciendo habitualmente su actividad profesional en el mar, presta servicios en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado Miembro a bordo de un buque del que no es tripulante y que enarbola pabellón de otro Estado Miembro. Ese supuesto está previsto en el art. 14 *ter* 3) Reglamento 1408/71, pero no se recoge en el Reglamento 883/2004. Sin embargo, la solución ha de ser idéntica, pues la Ley del Pabellón se aplica a quienes ejerzan su actividad a bordo del buque «normalmente» (art. 11.4 Reglamento 883/2004), condición de habitualidad que no concurre en quien no es miembro de la tripulación, sino que coyunturalmente presta un servicio en el mismo. La Ley del Pabellón debe ceder, en este caso concreto, ante la ley del lugar de residencia o, más bien, del lugar genérico de trabajo -aunque el centro de trabajo, de carácter móvil o itinerante, está situado técnicamente en territorio extranjero-, pues la nacionalidad del buque carece de la suficiente entidad como punto de conexión; es, en suma, un dato accesorio o incidental del que no cabe inferir una remisión a la Ley del Pabellón en perjuicio de la legislación del Estado Miembro al que pertenezcan las aguas territoriales o el puerto.

Este supuesto no puede enmarcarse en el concepto de trabajo transfronterizo, que exige la residencia en un Estado y la prestación de servicios con carácter habitual en otro diferente. Por el contrario, cuando el trabajo en el extranjero resulta meramente coyuntural, y más si no se ha cruzado una frontera establecida, sino que la internacionalidad trae causa de la presencia en un lugar en el que opera una ficción jurídica -como ocurre con las embajadas, que posteriormente merecerán comentario

detenido-⁶⁴, el hecho de que desde una perspectiva puramente formal el trabajador se halle en territorio de otro Estado es un dato intrascendente a efectos de Seguridad Social, incluso aunque la Ley del Pabellón remitiese a la legislación de un Estado no vinculado por el Reglamento comunitario; la calificación de ese trabajo como transfronterizo supone una interpretación excesivamente formal, muy forzada y profundamente distorsionadora tanto en materia de cotización, como de reconocimiento de prestaciones e, incluso, en lo relativo a la gestión. Así lo entienden también la mayor parte de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España, que entre las excepciones a la aplicación de la Ley del Pabellón contemplan la de quienes se ocupen de las tareas de carga y descarga, reparación y vigilancia en puerto. La ley aplicable en estos casos ha de ser la del Estado bajo cuyo ámbito jurisdiccional se encuentre la nave, es decir, la del territorio al que pertenezca el puerto o las aguas territoriales (Argentina, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Paraguay, Perú, Rusia, Venezuela).

Tampoco es trabajo transfronterizo el que realiza un artista cuando se desplaza al extranjero con motivo de una gala o función. El art. 4 del Decreto 2133/1975, que sigue vigente como establece el apartado 1.3 de la DF 1ª del Decreto 2621/1986, estima que los artistas residentes en España permanecerán en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social español siempre que en virtud de tratado internacional o de la legislación interna del país de destino no queden incluidos en la Seguridad Social de éste⁶⁵. Por el contrario, está excluido del Sistema español el artista extranjero que desarrolle su actividad en territorio español durante un corto período de tiempo, a salvo de lo dispuesto en convenio internacional o en función de la reciprocidad (art. 3 Orden de 29 de noviembre de 1975).

Esta regulación adolece de cierta inadecuación al momento actual. Por un lado, el criterio de permanencia mínima en España a efectos de incorporación a la modalidad contributiva del Sistema, interpretado literalmente, no parece contar con una justificación objetiva y razonable. Por otro, ni la nacionalidad ni la reciprocidad tienen en la actualidad el peso que el precepto les atribuye. El art. 3 Orden de 29 de noviembre

⁶⁴ V.5.

⁶⁵ Están exentos de autorización para trabajar, art. 41.1.g) LOE, «los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada», entendiéndose por tal la que supere «cinco días continuados de actuación o veinte días de actuación en un período inferior a seis meses» [art. 68.g) RD 2393/2004]. El art. 9.2 Orden 8 de mayo de 1997 cifraba el período de referencia en caso de actividad discontinua en doce meses y no en seis; vid. J.J. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “La

de 1975 podría reinterpretarse, recurriendo analógicamente al régimen jurídico del desplazamiento de trabajadores, en el que prima una solución similar. En ese contexto, si el artista realiza su actividad en España durante un corto período de tiempo permanecería vinculado al sistema de Seguridad Social del Estado del que proviene, y no estaría comprendido en el Sistema español. Sin embargo, difícilmente cabe extraer una interpretación de esa índole del precepto aludido, que equipara a los artistas extranjeros con los españoles cuando se encuentren legalmente en España por un largo período de tiempo, y remite a la reciprocidad, con la excepción de los riesgos profesionales, si la estancia es corta. Es una limitación clara por razón de nacionalidad, incompatible con la regulación actual de la extranjería, pues ni siquiera se tiene en cuenta que el artista permanezca o no incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social de su país de origen.

A salvo de pacto internacional en contrario, debe entenderse que la realización en España de una actividad prevista en el art. 7 LGSS exige la intervención del Sistema de Seguridad Social, con independencia del lugar cotidiano de residencia y, por supuesto, de la nacionalidad. Cuando el artista actúa por cuenta propia podría faltar la habitualidad, pero si ha suscrito un contrato de trabajo la incorporación al Sistema resulta obligada. En consecuencia, la referencia al «artista extranjero» en el Decreto 2133/1975 debe sustituirse -a partir de la Ley 13/1996- por la de «artista residente en el extranjero». Consideraciones análogas cabe hacer respecto de otros supuestos en los que ocasionalmente se realiza una actividad en un Estado distinto al que normalmente se reside, como pueda ser, por ejemplo, la impartición de conferencias, cursos o actividades similares; en ausencia de convenio internacional, será menester aplicar la *lex loci laboris*⁶⁶, aunque las dificultades prácticas conllevan frecuentemente la exclusión del Sistema de esas actividades ocasionales salvo previsión expresa en contrario⁶⁷.

actividad laboral en España de los artistas no comunitarios en espectáculos públicos”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 799-807.

⁶⁶ El art. 4 de la Ley de la República Argentina 24.241, de 23 de septiembre de 1993, incluye expresamente en el «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones» a «los profesionales, investigadores, científicos y técnicos contratados en el extranjero para prestar servicios en el país por un plazo no mayor de dos (2) años y por una sola vez, a condición que no tengan residencia permanente en la República y estén amparados contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte por las leyes del país de su nacionalidad o residencia permanente». No obstante, se admite la afiliación «si el contratado y el empleador manifestaren su voluntad expresa en tal sentido, o aquél efectuare su propio aporte y la contribución correspondiente al empleador». Por su parte, el art. 1 de la Ley chilena n° 18.156 establece la exclusión de los mecanismos públicos de previsión social —excepto por riesgos profesionales— del personal técnico extranjero que «se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte», siempre que «en el contrato de trabajo respectivo el trabajador

Finalmente, la disociación entre el lugar de residencia y el de trabajo puede provocar tensiones respecto de la modalidad contributiva, ligada a la actividad, y las prestaciones no contributivas, que toman como base la residencia. De este modo, los trabajadores transfronterizos que presten servicios en España no podrán generar prestaciones no contributivas conforme al Sistema español –a salvo seguramente de los complementos por mínimos, ligados a la prestación que suplementan-, al no concurrir el requisito de residencia; por su parte, los residentes en España que presten sus servicios en otro país no estarán incluidos en el Sistema español en la modalidad contributiva, pero sí podrían causar prestaciones asistenciales en su condición de residentes si cumplen el resto de exigencias establecidas en cada supuesto concreto.

La solución, que parece incuestionable respecto de residentes en Estados no vinculados con España por pactos internacionales⁶⁸, se encuentra con una traba evidente cuando existe regulación supranacional, y especialmente en el marco de los Reglamentos comunitarios. En ellos se aboga por la unicidad de la legislación aplicable –«las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado Miembro»⁶⁹-, con alguna previsión de «desterritorialización» y/o «desnacionalización»⁷⁰; comoquiera que los Reglamentos comprenden tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas, su aplicación podría suponer la completa exclusión del Sistema del trabajador transfronterizo residente en España, a salvo de las prestaciones familiares por parto o adopción múltiple o por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, no afectadas por las normas de coordinación⁷¹.

expresé su voluntad de mantener la afiliación referida». La *Social Insurance Law* de Arabia Saudí [Decisión del Consejo de Ministros nº 199 de 13 de noviembre de 2000] declara excluidos de su ámbito de aplicación a los trabajadores extranjeros que accedan al país para realizar un trabajo cuya duración normal no exceda de tres meses («*foreign workers who come to the Kingdom to engage in works which usually take no more than three months to complete*»).

⁶⁷ A modo de ejemplo, Francia y España han llegado a un acuerdo para permitir el alta en el Sistema español –con anterioridad se negaba- a los toreros residentes en Francia cuando ocasionalmente desarrollen esa actividad en España (las actividades en Francia estarían protegidas por el Sistema francés); vid. Resoluciones de la TGSS de 23 de diciembre de 2003 y de 18 de enero de 2005, publicadas respectivamente en *Tribuna Social*, nº 161, 2004, pág. 68 y en *Tribuna Social*, nº 172, 2005, pp. 86-87.

⁶⁸ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pág. 118.

⁶⁹ Art. 13.1 Reglamento 1408/71 y del art. 11.1 Reglamento 883/2004.

⁷⁰ Art. 5.b) Reglamento 883/2004; vid. A.V. SEMPÈRE NAVARRO, *Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004*, AS, nº 9, 2004, pág. 16.

⁷¹ La Sección II del Anexo II Reglamento 1408/71 las recoge expresamente tras el Reglamento 647/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005.

Sin embargo, debe abogarse en estos supuestos por una interpretación integradora, que o bien apueste por la ficción de considerar que la residencia del trabajador se encuentra en el lugar en el que presta servicios, o bien, solución quizá más razonable porque el trabajador, y eventualmente su familia, residen y desarrollan su vida en un país distinto, que permita causar prestaciones no contributivas en el lugar de residencia y no en el de la actividad, pues la unicidad de la legislación aplicable es un mecanismo de coordinación dirigido a evitar la doble cotización, la complejidad administrativa, el cúmulo de prestaciones referidas a la misma contingencia y la dificultad de exportación⁷². El trabajo transfronterizo es una situación particular, que ha de merecer también respuestas particulares, adecuadas al contexto.

Las prestaciones no contributivas atienden al estado de necesidad de los residentes en un determinado territorio, y ese estado de necesidad se configura tomando en consideración los diversos factores que concurren en ese país, y que no se amoldan en absoluto a quien reside, incluso con su familia, en otro Estado. El trabajador transfronterizo percibirá un salario conforme a los parámetros del Estado de actividad, pero el destino de los ingresos que obtenga, y su suficiencia, dependerá de la situación del Estado de residencia: precio de la vivienda, vestido, alimentación, etc. El Estado de residencia deberá determinar, en último término, las rentas –no importa su procedencia– necesarias para hacer frente a esas necesidades, el umbral de pobreza en definitiva, de carácter marcadamente territorial. Por consiguiente, la unicidad de la legislación aplicable debería excepcionarse en el trabajo transfronterizo, de modo que fuera posible aplicar la legislación del Estado de residencia a las prestaciones no contributivas.

Esa interpretación puede inferirse implícitamente del art. 10 bis del Reglamento 1408/71; aunque no efectúa precisión alguna respecto de la legislación aplicable, sino que rechaza la exportabilidad de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, dispone expresamente que el beneficiario de esas prestaciones ha de disfrutarlas «exclusivamente» en el Estado de residencia «y con arreglo a la legislación de dicho Estado», que es el encargado de satisfacerlas y abonarlas. El Reglamento 883/2004 parece avanzar en el sentido propuesto, y su art. 70.4 configura una excepción a la unicidad de la legislación aplicable en caso de los trabajadores transfronterizos, o al menos así puede interpretarse. Ese precepto establece que las prestaciones no contributivas «únicamente serán facilitadas en el Estado Miembro en el que las personas

⁷² Vid. D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, pp. 122 y ss.

interesadas residan, y de conformidad con su legislación», afirmación contundente que resulta más acorde a la naturaleza de estas prestaciones y mucho más adecuada a la realidad, aunque con toda seguridad no está pensando en el trabajo transfronterizo⁷³. Conviene recordar, asimismo, que el TJCE ha admitido la aplicación concurrente de dos legislaciones cuando el beneficio concedido por una de ellas no exige cotización y se dirige a toda la población, no sólo a los trabajadores⁷⁴.

4- El desplazamiento temporal de trabajadores como situación especial

La globalización y la internacionalización de los mercados hace cada vez más frecuente que una empresa deba acometer proyectos en diversos países, y que para su ejecución necesite desplazar parte de su plantilla al lugar de prestación de servicios. En sentido estricto, no se está en presencia de auténticos trabajadores migrantes, pues no hay voluntad de emigración, y por ello la conexión transfronteriza resulta «débil»⁷⁵. Se plantea entonces, entre otras múltiples dificultades, la necesidad de determinar conforme a qué Sistema de Seguridad Social se regirán los derechos de esos trabajadores «expatriados»⁷⁶. Los puntos de conexión pueden ser múltiples: el Estado de residencia habitual del trabajador, aquél donde desarrolla usualmente su actividad, el de la sede de la empresa, el lugar en el que está desplazado el trabajador y aquél en el que temporalmente reside, si no fueran el mismo.

La unicidad de la ley aplicable es la solución por la que han optado las normas internacionales, con las dificultades que esa decisión puede generar en la práctica desde la perspectiva de la igualdad de trato y la no discriminación, en la medida que algunas de las prestaciones que podrían causarse no serán exportables, y la aplicación de la Ley del Estado de envío impedirá causar prestaciones en el Estado de destino a pesar de residir efectivamente en él⁷⁷. En el supuesto de desplazamiento entre dos Estados

⁷³ La SSTJCE Jauch (de 8-3-2001, asunto C-215/99) y Molenaar (de 5-3-1998, asunto C-160/96). No obstante, la prestación asistencial litigiosa se vinculaba en ambos casos a previas cotizaciones, lo que desnaturaliza el debate.

⁷⁴ Vid. STJCE Nonnenmacher (de 9-6-1964, asunto 92/63).

⁷⁵ Vid. A. OJEDA AVILÉS, "Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?", en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 68-70.

⁷⁶ Vid. A. DE JUAN JUAN, *Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado*, RGDTS (iustel), nº 4, www.iustel.com.

⁷⁷ Vid. S. NÓBREGA PIZARRO, "The not very typical Social Security of atypical migrants: The case of posted, frontier and seasonal workers", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 114 y ss.

vinculados por los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social, el art. 12.1 Reglamento 883/2004 aclara que «la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado Miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado Miembro, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado Miembro, a condición de que la duración previsible de este trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra»; el art. 14.1.a) Reglamento 1408/71 recoge una previsión análoga, aunque fija la duración del desplazamiento en doce meses prorrogables hasta veinticuatro⁷⁸ y admite su aplicación aunque el trabajador desplazado sustituya a otro; la nacionalidad del trabajador resulta indiferente por mor del Reglamento 859/2003. A tenor de la jurisprudencia comunitaria, el régimen jurídico del desplazamiento se aplica incluso a los supuestos de prestamismo de mano de obra, esto es, cuando una ETT radicada en un Estado Miembro cede a un trabajador contratado en ese Estado con el fin de que el trabajador preste sus servicios para la empresa usuaria en otro Estado Miembro⁷⁹. Los arts. 14 bis Reglamento 1408/1971 y 12.2 Reglamento 883/2004 prevén reglas similares para los trabajadores por cuenta propia⁸⁰.

No puede olvidarse que la aplicación de esta norma de conflicto requiere que el trabajador mantenga un vínculo orgánico con la empresa que lo ha contratado, porque de lo contrario no se justifica esa ficción de territorialidad⁸¹. Para determinar la

⁷⁸ Prórroga que se concede cuando «la duración del trabajo que ha de ser realizado se prolonga debido a circunstancias imprevisibles más allá de la duración en un principio prevista» (art. 14 Reglamento 1408/71). Acerca de esta regulación, vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, pp. 224 y ss.; M.E. CASAS BAAMONDE, “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 100 y ss.; B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 31 y ss.

⁷⁹ Vid. STJCE Manpower (de 17-12-1970, asunto 35/70). La Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes advierte que el art. 14 del Reglamento no es de aplicación: «a) si la empresa a la que se destaca el trabajador pone a éste a disposición de otra empresa del Estado Miembro donde se encuentra; b) si se pone al trabajador destacado en un Estado Miembro a disposición de una empresa situada en otro Estado Miembro; c) si el trabajador es contratado en un Estado Miembro para ser enviado por una empresa situada en un segundo Estado Miembro a una empresa de un tercer Estado Miembro»; cfr. Decisión de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores Migrantes n° 181, de 13 de diciembre de 2000, relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 14, del apartado 1 del artículo 14 bis y de los apartados 1 y 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo relativos a la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente una actividad fuera del Estado competente (Diario Oficial n° L 329 de 14/12/2001, pp. 0073 – 0077).

⁸⁰ Vid. N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, París, 1991, pp. 275 y ss.; A. GUGGENBÜHL y S. LECLERC, *Droit Social Européen des travailleurs salariés & indépendants*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 275 y ss.; A.P. GOLLOT, *Droit Social et protection social des expatriés dans la CEE*, Dalloz, París, 1993, pp. 21 y ss.

⁸¹ Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pág. 390.

existencia de ese vínculo «es preciso tener en cuenta varios elementos, en particular la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo y despido, y la posibilidad de determinar la naturaleza del trabajo»⁸². En relación con los autónomos, se exige un doble requisito, pues con anterioridad al desplazamiento el trabajador por cuenta propia debe realizar en el Estado de envío actividades significativas que demuestren su vinculación con ese Estado, mientras que posteriormente, y ya en el territorio del Estado receptor, debe efectuar los actos necesarios que permitan la continuación de la actividad tras el retorno, para lo cual deberá mantener la infraestructura correspondiente «como, por ejemplo, la utilización de oficinas, el pago de cotizaciones al régimen de seguridad social, el abono de impuestos, la posesión de un documento profesional y un número de identificación fiscal o la inscripción en cámaras de comercio u organizaciones profesionales»⁸³.

En consecuencia, permanecen en el Sistema español los trabajadores que hayan sido objeto de desplazamiento temporal al extranjero⁸⁴; por el contrario, quedan excluidos del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social los trabajadores desplazados desde el extranjero para prestar temporalmente un servicio, aunque ostenten la nacionalidad española y residan y trabajen en España⁸⁵. De este modo, se aprecia con claridad como el criterio de territorialidad consagrado por el art. 7 LGSS debe ceder por la primacía de las normas comunitarias.

Al margen del Derecho Comunitario, también prestan especial atención al fenómeno del desplazamiento de trabajadores todos los convenios internacionales bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España. La solución unánime consiste en remitir al sistema de Seguridad Social del Estado de envío si la duración previsible del trabajo es inferior a un determinado plazo (entre uno y cinco años, según

⁸² Cfr. 2001/891/CE: Decisión de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores Migrantes nº 181, de 13 de diciembre de 2000, relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 14, del apartado 1 del artículo 14 bis y de los apartados 1 y 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, relativos a la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente una actividad fuera del Estado competente (Diario Oficial nº L 329 de 14/12/2001 p. 0073 – 0077).

⁸³ Cfr. Decisión de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores Migrantes nº 181, de 13 de diciembre de 2000, relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 14, del apartado 1 del artículo 14 bis y de los apartados 1 y 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo relativos a la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente una actividad fuera del Estado competente (Diario Oficial nº L 329 de 14/12/2001 p. 0073 – 0077).

⁸⁴ Acerca de las diferentes posibilidades prácticas, vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea*, AL, nº 22, 1999, pp. 443-444.

⁸⁵ Vid. STS de 11-7-1970 (Ar. 3489).

los casos, aunque se admiten prórrogas). Algunos de ellos permiten aplicar el régimen de desplazamiento al trabajador enviado para reemplazar a un compañero que haya agotado su período de desplazamiento (Argentina, Brasil, Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Marruecos, México, Polonia, Túnez, Ucrania y Uruguay). Otros limitan la extensión del sistema de Seguridad Social del Estado de envío a ciertas categorías de trabajadores (Argentina y Uruguay)⁸⁶, y son generalizadas las previsiones análogas para los trabajadores por cuenta propia (Andorra, Australia, Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovaquia, México, República Checa, Ucrania). Como excepción, el Convenio Hispano-Mexicano concede a los trabajadores desplazados el derecho a optar por el sistema de Seguridad Social del país de destino.

Cuando una norma supranacional no permita la aplicación del sistema del Estado de envío, los trabajadores contratados en el extranjero que hayan sido desplazados a España están comprendidos en el campo de aplicación del Sistema español de Seguridad Social, con todas sus consecuencias, al cumplir las condiciones del art. 7 LGSS⁸⁷. El hecho de que hayan de permanecer también vinculados al sistema de Seguridad Social del Estado de envío no genera incompatibilidad, ya que no parece que la prohibición de inclusión múltiple obligatoria (art. 8.1 LGSS) pueda operar en estos supuestos, y, en todo caso, ello no debería suponer la inhibición del Sistema español⁸⁸, pues concurriendo residencia y prestación de servicios en España es menester norma expresa que justifique la exclusión del Sistema⁸⁹.

Si el desplazamiento es a la inversa, el art. 125.2 LGSS y el art. 36.1.5º RD 84/1996 califican como situación asimilada al alta el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional. Es una situación asimilada al alta con connotaciones particulares, ya que convierte al Sistema español en un mecanismo de

⁸⁶ En concreto los que desempeñen tareas profesionales de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares, así como a aquellos trabajadores que presten servicios especializados de carácter complementario o auxiliar de éstos.

⁸⁷ En contra, A. CUBAS MORALES, *A propósito de la Seguridad Social de los extranjeros*, Tribuna Social, nº 50, 1995, pág. 41. Téngase en cuenta, no obstante, que en aquel momento no se había aprobado la Ley 13/1996, y por ello el contexto era muy diferente, por mor de la reciprocidad.

⁸⁸ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002, pp. 233 y ss.

⁸⁹ Previsión expresa que sí se recoge, por ejemplo, en el ordenamiento alemán, que en principio no protege a los desplazados temporalmente a ese país para prestar servicios (*Einstrahlung*); vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 24; del mismo autor, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 29. El ordenamiento francés es menos protector en este punto, pues, en defecto de convenio internacional, el trabajador desplazado únicamente permanece comprendido en el Sistema cuando el empleador se comprometa a satisfacer íntegramente las

protección residual y subsidiario, con el propósito de cubrir eventuales lagunas en la Seguridad Social del país de destino. Por consiguiente, subsiste la obligación de cotizar, total o parcialmente, salvo por la contingencia de asistencia sanitaria, tal y como establece el art. 4 de la Orden de 27 de enero de 1982⁹⁰. A tenor de la rúbrica, esa Orden parece limitada a las empresas españolas⁹¹, pero de su articulado no se desprende esa restricción, que, por cierto, pudiera ser reputada *ultra vires*: el art. 125.2 LGSS no menciona la nacionalidad de la empresa, aunque la remisión de ese precepto al desarrollo reglamentario permite defender ambas posiciones⁹².

En el contexto actual, la nacionalidad de la empresa puede ser un indicio, pero difícilmente un dato concluyente por sí mismo, por el constante movimiento de capitales, y las dificultades que presenta en ocasiones la propia constatación de la nacionalidad de la empresa; cuestión distinta es que la empresa deba tener algún tipo de vinculación con España (una sucursal, por ejemplo) y que el trabajador haya sido contratado o deba prestar sus servicios habitualmente en territorio español, en la medida que el trabajador debe merecer la consideración de «trasladado» o «desplazado» al efecto de justificar su continuidad en el Sistema de Seguridad Social. A la postre, lo decisivo es que con anterioridad al traslado el trabajador se encontrase comprendido en el Sistema, con independencia de que tras el desplazamiento los derechos laborales y de Seguridad Social deban regirse por ordenamientos diferentes, ya que la misma disociación podría tener lugar previamente⁹³; la correlación no viene impuesta legalmente⁹⁴, como demuestran el Convenio de Roma y los arts. 1.4 ET y 10.6 CC⁹⁵.

cotizaciones (art. L761-2 *Code de la Sécurité Sociale*). El periodo máximo es de tres años, con posibilidad de una prórroga (art. R761-1 *Code de la Sécurité Sociale*).

⁹⁰ Como afirma el art. 2 de la Orden de 27 de enero de 1982, quedan excluidos de esa asimilación al alta, por un lado, quienes hayan sido trasladados al territorio de un país con el que España tenga suscrito un convenio del que se derive que el trabajador continúa sometido a la legislación española durante el tiempo de su traslado, ya que en esta situación se encontraría de alta real; y, por otro, los trasladados al territorio de un país con el que España tenga suscrito convenio sobre Seguridad Social que disponga la obligatoria afiliación a su Seguridad Social. Como señala el art. 3 de la Orden, en este último caso los trabajadores habrían de ser considerados en situación asimilada a la de alta a efectos de aquellas contingencias no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de destino, manteniéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dichas contingencias. Esta asimilación al alta no depende de la suscripción de un convenio especial, sino que se produce únicamente a consecuencia del traslado. La empresa debe notificar al INSS el traslado, y el propio INSS deberá determinar el alcance total o parcial de la asimilación al alta (art. 5 Orden de 27 de enero de 1982); vid. SSTs de 20-4-1981 (Ar. 1761) y de 9-2-1987 (Ar. 809).

⁹¹ Posición que mantiene I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 168.

⁹² Califican la nacionalidad de la empresa como «indiferente» M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 66.

⁹³ La nacionalidad de la empresa podría resultar decisiva cuando se contrate a un trabajador para prestar servicios en un lugar no sometido a soberanía de un Estado, como una plataforma petrolífera en alta mar.

El traslado de los funcionarios públicos, o la realización de sus funciones en el extranjero –diferente es la situación del personal laboral contratado en el extranjero al servicio de la Administración Pública española, con aplicación estricta de la *lex loci laboris*⁹⁶, no es equiparable al desplazamiento de trabajadores, porque la singularidad del empleador aconseja el mantenimiento del vínculo con el Estado de envío en todo

Si un trabajador comprendido en el Sistema español fuera objeto de un desplazamiento temporal, permanecerá en situación asimilada al alta con protección completa y obligación de cotizar. Sin embargo, cuando se produce una contratación *ex novo* para prestar servicios en ese lugar, la ley aplicable no ha de ser necesariamente la española. La nacionalidad de la empresa, la del trabajador y el lugar de contratación deben conjugarse para localizar el ordenamiento con los vínculos más estrechos y evitar una completa desprotección del trabajador, que, si fuera español, podría en último término suscribir alguno de los convenios especiales previstos para emigrantes. La nacionalidad del empleador es igualmente determinante en caso de prestación de servicios en alguna de las estaciones de investigación que los distintos Estados –incluida España– establecen en la Antártida. El trabajador deberá estar incluido en el sistema de Seguridad Social del Estado al que pertenezca dicha estación. Recuérdese que el Tratado Antártico de 1 de diciembre de 1959, que entró en vigor el 23 de junio de 1961, no ha resuelto –quedan “congeladas” o en *stand by*– las reclamaciones de soberanía sobre el territorio (a cargo de Argentina, Australia, Chile, Francia, Noruega, Nueva Zelanda y Reino Unido), de modo que técnicamente el trabajador allí desplazado no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la legislación de ninguno de esos Estados. Es lógico, por consiguiente, que la Ley del Estado al que pertenece la estación regule sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social.

⁹⁴ Vid. STS de 18-5-1999 (Ar. 4833), que hace primar el art. 1.4 ET sobre el art. 10.6 CC por razón de la especialidad.

⁹⁵ El Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales prevalece sobre las normas de conflicto estatales respecto de los contratos de trabajo celebrados con posterioridad al 1 de septiembre de 1993, fecha de entrada en vigor para España, y los preceptos de derecho interno han de determinar la ley aplicable a los litigios originados por contratos celebrados con anterioridad. La ley aplicable al contrato de trabajo será la pactada por las partes –a diferencia de la ley aplicable en materia de Seguridad Social–, y en su defecto se introducen otros criterios como la *lex loci laboris* o el lugar de contratación (art. 6 del Convenio de Roma). Es relativamente frecuente la aplicación concurrente de legislaciones para garantizar el respeto a determinadas normas imperativas más favorables para el trabajador y a las leyes de policía (normas de orden público interno e internacional), en los términos de los arts. 6 y 7 del Convenio de Roma; todo ello sin perjuicio, claro está, de la incidencia en el ámbito comunitario de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; vid. M.E. CASAS BAAMONDE, *Ley aplicable al contrato de trabajo y principio de la autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma*, RL, Tomo II, 1993, pp. 79 y ss.; J.M. GALIANA MORENO, *Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 109 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, RL, Tomo II, 1999, pp. 78 y ss.; J.M. GALIANA MORENO, *Notas para el estudio del art. 1.4. ET*, AL, nº 39, 1987, pp. 2169 y ss.; P. JUÁREZ PÉREZ, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado*, RL, nº 7, 1999, pp. 75 y ss.; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales (y II)*, AL, nº 42, 1991, pp. 533 y ss.; J.P. LANDA ZAPIRAÍN y O. FOTINOPOULOU BASURKO, *Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE*, RL, Tomo I, 2000, pp. 611 y ss.; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *La aplicación del Derecho del Trabajo en el espacio internacional*, AL, nº 39, 2003, pp. 669 y ss.; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El contrato individual de trabajo en el espacio internacional*, AS, nº 13, 2004, pp. 20 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1993, pp. 382 y ss.; M.E. CASAS BAAMONDE, *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma*, RL, Tomo I, 1994, pp. 3 y ss.; N. GOÑI URRIZA, *La ley rectora del contrato de trabajo internacional*, AS, Tomo II, 1999, pp. 2597 y ss.

caso. En consecuencia, el art. 13.2.d) Reglamento 1408/71 y el art. 11.3.b) Reglamento 883/2004 prevén que «todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado Miembro del que dependa la administración que le ocupa»; en su virtud, están incluidos en el Sistema español de Seguridad Social los funcionarios dependientes de la Administración española que presten servicios en un Estado en el que sean de aplicación las normas de coordinación comunitarias.

Distinto es el régimen jurídico de los agentes auxiliares de la UE, que a tenor de los arts. 16.3 Reglamento 1408/71 y 15 Reglamento 883/2004 pueden «optar entre la aplicación de la legislación del Estado Miembro en cuyo territorio están ocupados y la aplicación de la legislación del Estado Miembro al cual han estado sujetos en último lugar o del Estado Miembro del que son nacionales, excepto en lo que se refiere a las disposiciones relativas a subsidios familiares, cuya concesión está regulada por el régimen aplicable a estos agentes. Este derecho de opción, que sólo podrá ejercerse una vez, tendrá efectos a partir de la fecha de entrada en servicio».

La aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen del funcionario es la solución que mantienen, asimismo, la mayor parte de convenios internacionales bilaterales suscritos por España; de este modo, los funcionarios públicos españoles destinados en el territorio de otro Estado permanecen en situación de alta real en la Seguridad Social española, y viceversa (Andorra, Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovaquia, Marruecos, Perú, República Checa, Túnez, Uruguay, Venezuela). No obstante, algún convenio concede un derecho de opción (Ecuador).

Si la normativa internacional o comunitaria no fuera de aplicación, el RD 2805/1979, de 7 de diciembre⁹⁶, considera incluidos en el Sistema a los españoles no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o meros empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales⁹⁸. La extensión del Sistema no se produce automáticamente, sino que requiere la suscripción de un convenio especial con la Entidad Gestora⁹⁹. La falta de suscripción del convenio especial implicaría la exclusión del Sistema español.

⁹⁶ Vid. STSJ de Madrid de 25-10-2001 (AS 4467).

⁹⁷ Desarrollado primero por una Orden de 14 de febrero de 1980, norma derogada y sustituida por la Orden TAS/2865/2003.

⁹⁸ Vid. STSJ de Cataluña de 7-4-1997 (AS 1410), que consideró aplicable esta norma a los españoles que prestasen servicios para organismos de la UE.

⁹⁹ Cfr. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 63.

Es menester destacar que el Anexo VI del Reglamento 1408/71 extiende los beneficios previstos en el RD 2805/1979, por mor de la igualdad de trato, a los trabajadores comunitarios, refugiados y apátridas que residan en el territorio de un Estado Miembro y dejen de estar cubiertos por el Sistema español de Seguridad Social al comenzar la prestación de servicios en un organismo internacional. El convenio especial que posibilita el disfrute de beneficios sociales no se extingue automáticamente tras la cesación de la prestación de servicios para la organización internacional correspondiente, sino que podría desplegar efectos hasta que el interesado volviese a estar incluido en un régimen del Sistema¹⁰⁰. El Reglamento 883/2004 no contiene idéntica previsión, aunque si la justificación es la igualdad de trato, parece que esa facultad debe mantenerse.

La misma lógica impera en la DA 5ª LGSS¹⁰¹, que permite la suscripción de un convenio especial (que no comprende las contingencias de jubilación y muerte y supervivencia)¹⁰² a quienes hubieran estado comprendidos en el ámbito personal de cobertura del Sistema de la Seguridad Social y pierdan tal condición por pasar a prestar servicios en la Administración de la UE y ejercitar la opción concedida en el art. 11 del Estatuto de los Funcionarios de la UE¹⁰³, en los términos del RD 2072/1999, de 30 de diciembre¹⁰⁴. Se permite, por consiguiente, mantener la inclusión en el Sistema, aun con carácter facultativo, posibilidad que no se contemplaba en la DA 6ª Ley 21/1993, antecedente directo de esa DA 5ª LGSS. Ahora bien, en caso de funcionarios públicos su pase a la situación de servicios especiales implica, como se vio¹⁰⁵, su permanencia

¹⁰⁰ Circular de la DGOJECSS de 16 de junio de 1993.

¹⁰¹ Vid. S. OLARTE ENCABO, "Disposición Adicional 5ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1955 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, "Disposición Adicional 5ª", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 1528-1531.

¹⁰² Vid. art. 13 Orden TAS/2865/2003.

¹⁰³ Aprobado por Reglamento 259/1968, del Consejo, de 29 de febrero. Su art. 11, en la redacción dada por el Reglamento 571/1992, establece ese derecho de opción. El apartado 2 de ese art. 11 concede al funcionario que entre al servicio de la UE tras haber cesado en su actividad previa –funcionarial, laboral o autónoma- la facultad de solicitar, en el momento de su nombramiento definitivo, la transferencia a la UE, bien del equivalente actuarial, bien del total de las cantidades de rescate de sus derechos o pensión de jubilación que hubiera adquirido en virtud de las actividades previas. Recíprocamente, el art. 11.1 de ese Estatuto concede al funcionario que cese para entrar al servicio de una administración o de una organización nacional o internacional que hubiera celebrado un acuerdo con la UE, el derecho a «hacer transferir el equivalente actuarial de sus derechos a pensión de jubilación, adquiridos en las Comunidades, a la caja de pensiones de esta administración, de esta organización, o a la caja en la que el funcionario adquiera sus derechos a pensión de jubilación en virtud de su actividad por cuenta propia o ajena».

¹⁰⁴ Vid. Resoluciones de la Dirección General del INSS de 6-10 y 3-11-2000, publicadas en *Tribuna Social*, nº 118, 2000, pp. 65 y ss. y nº 120, 2000, pp. 89-90 respectivamente.

¹⁰⁵ IV.6.

obligatoria en el Régimen de Clases Pasivas o en el Régimen General, según los casos. «a los exclusivos efectos de la pensión de vejez»¹⁰⁶.

También a través del convenio especial, suscrito entre la TGSS y las Cortes Generales como dispone el art. 11 Orden TAS/2865/2003, puede extenderse la acción protectora del Sistema a los españoles que ostenten la condición de Diputados del Parlamento Europeo, hubieran estado o no comprendidos anteriormente en el campo de aplicación de alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social; y gozan del mismo beneficio los secretarios, documentalistas y encargados de investigación -los asistentes en suma- de esos Diputados, según se desprende de la Circular 3-003, de 19 de febrero de 1987, de la TGSS¹⁰⁷.

Todas estas posibilidades de ingreso en el Sistema se vinculan a la modalidad contributiva, lo que supone que a falta de residencia en España la eventual inclusión en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social no justifica el acceso a las prestaciones no contributivas. Ese inconveniente está resuelto parcialmente en las prestaciones familiares -bien por la vía de los Reglamentos comunitarios de coordinación, bien en virtud del 10.1.a) RD 1335/2005-, pero subsiste respecto de las pensiones no contributivas de invalidez y vejez, puesto que el período de carencia no se satisface con la inclusión en la modalidad contributiva del Sistema ni con la cotización, sino que exige residencia.

Por último, conviene efectuar una breve referencia al personal investigador en formación que realice esa actividad en el extranjero¹⁰⁸. El punto 4 de la Resolución de 28 de febrero de 2005¹⁰⁹, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se dictan instrucciones sobre la incorporación al régimen de Seguridad Social y cobertura del seguro privado de asistencia sanitaria y accidentes de los becarios de los programas de becas posdoctorales y de posgrado de la Dirección General de Universidades, los excluye, con efectos de 1 de marzo de 2005, de la protección contra accidentes y de la asistencia sanitaria cuando el centro de destino esté situado en uno de los Estados vinculados por los Reglamentos de coordinación comunitarios, pues esas contingencias las cubrirá el país de destino. Y la misma solución podría derivarse de los

¹⁰⁶ Cfr. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pág. 37.

¹⁰⁷ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pág. 38; J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 226-227.

¹⁰⁸ VII.4.

¹⁰⁹ BOE de 10 de marzo.

convenios bilaterales y multilaterales citados, considerando al becario, por asimilación, como trabajador desplazado. En ausencia de norma internacional, el becario debe permanecer comprendido en el Sistema, pues a tenor de la Resolución citada únicamente procede la exclusión cuando el destino sea un Estado Miembro de la UE, Noruega, Islandia, Liechtenstein o Suiza.

Desde una óptica similar, pueden encontrarse paralelismos entre los trabajadores desplazados y los estudiantes universitarios que disfrutan de una beca para realizar el curso académico en el extranjero (Erasmus), puesto que dichos estudiantes han de matricularse en la universidad en la que han venido desarrollando sus estudios y no en la institución extranjera a la que han de acudir. La legislación de Seguridad Social que ha de respetarse será la vigente en el Estado en que se encuentre la universidad de envío, de modo que el estudiante de una universidad española que en condición de becario del Programa Erasmus curse un año académico en el extranjero permanecerá incorporado al Sistema español si cumple los requisitos establecidos en el Régimen Especial de Estudiantes; correlativamente, quedará excluido del Sistema, por esa condición, el estudiante de una universidad extranjera que como becario del Programa Erasmus desarrolle el curso académico en una universidad española.

5- Las ficciones de territorialidad sin desplazamiento: prestación de servicios en embajadas y en organizaciones internacionales

La territorialidad habría de conllevar la inclusión en el Sistema de quienes presten servicios en España, a salvo de los supuestos en los que un desplazamiento de trabajadores permite extender en el espacio la aplicación de un Sistema extranjero. Sin embargo, se admite la existencia de «oasis» en los que el Sistema se inhibe voluntariamente, como sucede con los funcionarios o empleados de organizaciones internacionales con sede en España. Técnicamente residen y prestan servicios en territorio español, pero en su empleador concurre un elemento susceptible de valoración, la dimensión internacional; en muchos casos las normas fundacionales del ente establecen previsiones en materia de Seguridad Social y son frecuentes los acuerdos específicos en la materia celebrados con el Estado en que se encuentra la sede. Precisamente por ello, el Sistema español muestra su cautela respecto a la incorporación de estos colectivos, si bien se ha producido una progresiva ampliación del ámbito

subjetivo del convenio especial y, por extensión, del Sistema de Seguridad Social¹¹⁰; la DA única del RD 317/1985 es una muestra palmaria, al atribuir competencia al MTAS para resolver «las solicitudes de inclusión en la Seguridad Social que puedan formularse, respecto a los funcionarios españoles residentes en territorio nacional que presten los servicios en Organismos internacionales con sede en España».

Ese precepto se enmarca en la posibilidad de suscribir el convenio especial regulado en el RD 2805/1979, y se dirige a los residentes en España que presten servicios para una Administración con sede, o al menos una delegación, en España. El propio RD 317/1985 reconocía esa posibilidad de suscribir convenio especial a quienes prestasen servicios en el Consejo Oleícola Internacional y en la Oficina de Educación Iberoamericana¹¹¹; con anterioridad, el RD 1975/1982, de 24 de julio, concedió idéntica facultad a los funcionarios españoles residentes en España al servicio de la Organización Mundial del Turismo; y la OM de 17-5-1994 hizo lo propio respecto de los españoles residentes en España que presten servicios para la Agencia Espacial Europea; asimismo, pueden suscribir dicho convenio especial los españoles residentes en España que presten servicios en la Delegación española del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (OM de 22-12-1997) y los españoles residentes en España que desarrollen su labor para el Cuartel General Conjunto Subregional Sudoeste de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (Orden TAS/1817/2002). El art. 14 Orden TAS/2865/2003 recopila los supuestos en los que se admite la suscripción del

¹¹⁰ Vid. A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003, pp. 147 y ss.

¹¹¹ Desde 1985 se denomina Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante OEI). El art. 14 del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la OEI, hecho en Madrid el 24 de junio de 2004 (BOE 17 agosto 2004) y que entró en vigor el 28 de octubre de 2005 (BOE noviembre 2005), exime a la OEI de cumplir las exigencias del Sistema público de Seguridad Social respecto del personal a su servicio. Por consiguiente, no hay obligación de afiliación y alta para un colectivo que presta servicios en España, aunque ese mismo art. 14 del Acuerdo prevé una doble posibilidad de incorporación al Sistema, sea mediante acuerdo de la propia OEI –que, de adoptarlo, debe afectar a todos sus miembros-, sea a partir de una decisión individual de los miembros de su personal, cuya eficacia parece requerir desarrollos específicos; no en vano, el art. 14.3 del Acuerdo dispone que la «la OEI colaborará estrechamente con las autoridades competentes españolas para facilitar la participación voluntaria de los miembros de su personal en el Sistema de Seguridad Social español». Por su parte, el art. 14 del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Secretaría General Iberoamericana, hecho en Madrid el 30 de septiembre de 2005 (BOE de 11 de octubre), excluye del Sistema al personal de ese organismo –con sede en Madrid-, salvo que la propia Secretaría decida voluntariamente lo contrario. Además, añade que la Secretaría habrá de adoptar «las medidas necesarias para facilitar que los funcionarios de nacionalidad española o contratados localmente participen en el Sistema de Seguridad Social español».

convenio especial, incluyendo a quienes presten servicios en el Centro Europeo de Satélites de la Unión Europea¹¹².

Como se aprecia sin dificultad, son requisitos ineludibles la nacionalidad española, la completa exclusión del Sistema español de Seguridad Social y la suscripción de un convenio especial. La necesidad de ostentar la nacionalidad española puede cuestionarse, porque si el propósito consiste en dispensar protección a quien está ejerciendo funciones en representación de España, la concesión de beneficios sociales resulta obligada; de lo contrario se estaría produciendo un trato desigual por razón de nacionalidad difícilmente justificable.

También merece valoración crítica la idoneidad del convenio especial, sobre todo si se configura como única vía de inclusión en el Sistema respecto de colectivos que residen y trabajan en España. El convenio especial se diseñó para posibilitar la permanencia en el Sistema de quienes habrían de quedar excluidos de su ámbito subjetivo ante el incumplimiento de los requisitos establecidos al efecto. En esa línea, el RD 2805/1979 pensaba originariamente, como explicita su art. 1, en los españoles que resultaban excluidos del Sistema por pasar a prestar servicios para una organización internacional y debieran por ello residir en el extranjero. El convenio especial permitía paliar las consecuencias del abandono del Sistema español, y su sustitución, en el mejor de los casos, por un mecanismo de protección social extranjero o instaurado específicamente en el seno de la concreta organización internacional.

La facultad de suscribir un convenio especial presupone que se ha producido la exclusión del Sistema de Seguridad Social¹¹³, esto es, que la prestación de servicios para una organización internacional, aunque tenga lugar en España, no determina la inclusión

¹¹² Vid. J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004, pp. 236 y ss.

¹¹³ La opción del Sistema español no resulta extraña en derecho comparado; el art. 3 de la Ley Orgánica Panameña de la Caja de Seguro Social y Reglamentos que la complementan (Decreto-Ley nº 114, de 27 de agosto de 1954, por el que se modifica la Ley 134, de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social), reconoce la posibilidad de aseguramiento facultativo a «los trabajadores domiciliados en el territorio nacional al servicio de organismos internacionales». Por el contrario, el art. 4 de la Ley cubana 24-1979, de Seguridad Social, considera protegidos a «los trabajadores cubanos que, debidamente autorizados, laboren en las misiones diplomáticas y consulares, representaciones de organismos internacionales y oficinas comerciales acreditadas en Cuba y en empresas extranjeras radicadas o representadas en el país, o presten servicios al personal de las mismas». Asimismo, también declara comprendidos en el Sistema a «los trabajadores cubanos que, en territorio extranjero, laboren en empresas cubanas o en funciones encomendadas por el Gobierno cubano» y a los «trabajadores cubanos que sean designados o autorizados por el Gobierno cubano para laborar en organismos internacionales», sin mayor matización.

en el Sistema¹¹⁴. Sin embargo, el art. 7 LGSS exige la incorporación al Sistema de quienes residan y trabajen en España, con independencia de la naturaleza de su empleador. En ausencia de acuerdo internacional, las normas internas que delimitan el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social operan en toda su intensidad¹¹⁵; por ello, concurriendo residencia y trabajo en España no hay motivo para ignorar las reglas generales, porque la organización internacional no puede convertirse por su misma existencia en una «burbuja territorial». La inclusión en el Sistema no se deriva de la suscripción de convenio especial, ni habría situación asimilada a la de alta; a la postre, quienes desarrollan su actividad para la organización deben estar comprendidos en el Sistema sin particularidad alguna. A tal conclusión ha de llegarse no sólo para los españoles, sino para todos los que presten servicios para una organización internacional con sede en España cualquiera que sea su nacionalidad¹¹⁶.

En esta línea, la DA 3ª, apartado 4, Ley 55/1999 estableció que «los empleados de la Organización Internacional de Comisiones de Valores, cualquiera que sea su nacionalidad, serán afiliados al Sistema de Seguridad Social español»; esta previsión trae causa del establecimiento en Madrid de la sede de la Secretaría General de dicha Organización. Como excepción, perfectamente coherente con la dinámica protectora en caso de concurrencia de varios ordenamientos, no procede la inclusión en el Sistema español «en aquellos casos en que se acredite la existencia de cobertura por parte de otro régimen de protección social que otorgue prestaciones en extensión e intensidad

¹¹⁴ «El objetivo fundamental de esta modalidad de convenio es dar cobertura a las posibles ausencias de protección que se producen respecto de los españoles al servicio de organizaciones internacionales, pues aunque tales organizaciones puedan tener establecidos regímenes de previsión específicos, dadas las divergencias entre estos regímenes y los correspondientes al Sistema español de Seguridad Social, pueden originarse disfuncionalidades que reduzcan el acceso a las prestaciones sociales»; cfr. J.A. PANIZO ROBLES, *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (a propósito de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre)*, RL, nº 22, 2003, pp. 85-86. A mayor abundamiento, «lo que realmente persigue este convenio especial es perfeccionar una protección que ya existe, hacer valer hacia el futuro una actividad que de otro modo no computaría o, simplemente, conservar unos derechos en curso de adquisición; no tanto proteger al trabajador por el ejercicio de la actividad misma»; cfr. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 300.

¹¹⁵ El sistema de Seguridad Social puede excluir del campo de aplicación a quienes presten servicios para organizaciones internacionales. Así lo hace el art. 5.2.e) de la Ley canadiense de aseguramiento del empleo, de 20 de junio de 1996, aunque en su art. 5.4.f) permite la incorporación del trabajador al Sistema canadiense si el organismo internacional consiente en ello.

¹¹⁶ En Brasil, el art. 12.I.i) de la Ley Orgánica de la Seguridad Social (Ley nº 8.212, de 24 de julio de 1991) declara obligatoriamente comprendido en el Sistema «o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social»

equivalentes, como mínimo, a las dispensadas por el Sistema de Seguridad Social español»¹¹⁷.

Por otra parte, la vinculación con el Estado de origen de los funcionarios públicos que desarrollan su actividad en el extranjero presenta indudables paralelismos con la situación de los agentes diplomáticos o consulares, y por ello las soluciones ofrecidas en materia de Seguridad Social son muy similares. Los Reglamentos comunitarios no prevén una norma de conflicto para este colectivo, pues desde hace décadas existe una regulación particular, poco controvertida, y que ha sido asumida por la práctica totalidad de los Estados: el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961. Este Tratado, en su art. 33, declara al agente diplomático «exento de las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado receptor», con lo que permanecerá vinculado al Sistema de Seguridad Social del país al que representa. En consecuencia, los diplomáticos españoles en el extranjero continuarán comprendidos en el Sistema español de Seguridad Social, mientras que no están obligados a proceder a la afiliación y al alta, pues esa actividad está excluida del campo de aplicación del Sistema, los diplomáticos extranjeros destacados en España.

En la misma línea, el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 declara aplicable el Sistema de Seguridad Social del Estado acreditante a los miembros de la oficina consular y a los familiares que con ellos convivan. Claro está, si se desarrollase una actividad protegida en el Estado receptor la inclusión en el Sistema de ese Estado devendría obligada¹¹⁸. Por estos convenios se rigen también algunos cargos de organizaciones internacionales, como por ejemplo el Presidente, los cargos directivos, el Secretario General y en general los funcionarios no españoles de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, cuya sede está en Madrid¹¹⁹.

¹¹⁷ El régimen de encuadramiento, aunque la norma no lo especifica, será el Régimen General; vid. L. HURTADO GONZÁLEZ, *La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 y en su ya tradicional Ley de "Acompañamiento"*, TL, nº 51, 1999, pág. 146.

¹¹⁸ Es una posibilidad reconocida en convenios bilaterales, incluso celebrados al efecto. Desde comienzos del año 2000 España ha suscrito diversos acuerdos para regular el «libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares». Por ejemplo, con Argentina (Acuerdo de 9 de mayo de 2001, publicado en el BOE de 2 de marzo de 2002), Chile (9 de mayo de 2001, publicado en el BOE de 17 de septiembre de 2003), Ecuador (7 de marzo de 2000, publicado en el BOE de 23 de noviembre de 2001), Perú (7 de marzo de 2000, publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2000), República Dominicana (15 de septiembre de 2003, publicado en BOE de 23 de octubre de 2003), Uruguay (7 de febrero de 2000, publicado en el BOE de 6 de abril de 2001) y Venezuela (7 de marzo de 2000, publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2000).

¹¹⁹ Art. 26 de los Estatutos, que fueron aprobados en el XI Congreso de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social en su reunión celebrada en Punta del Este (Uruguay) los días 7 y 8 de diciembre de

Los tratados bilaterales suscritos por España adoptan idéntica solución. En su mayoría simplemente remiten a los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares (Andorra, Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovaquia, Estados Unidos, Filipinas, México, Paraguay, Polonia, Perú, República Checa, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela), si bien algunos prefieren declarar expresamente que los funcionarios de carrera de las Representaciones Diplomáticas y Consulares quedan sometidos a la legislación del Estado a que pertenezcan (Ecuador, Marruecos)¹²⁰. La ley del Estado de envío también rige los derechos de Seguridad Social de las personas enviadas por una de las Partes contratantes en misiones de cooperación al territorio de la otra Parte contratante, salvo previsión en contrario de los acuerdos de cooperación (Bulgaria, Chile, Eslovaquia, México, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Túnez, Uruguay).

Respecto del personal de servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares y al personal doméstico privado al servicio de agentes de estas misiones u oficinas, sujetos de una relación laboral común o especial según los casos¹²¹, el art. 16 del Reglamento 1408/71 les permite optar por la aplicación de la legislación del Estado Miembro al que representan o del Estado Miembro de envío cuando sean nacionales del mismo, derecho de opción que puede ser ejercitado de nuevo al final de cada año civil, sin efectos retroactivos. En defecto de opción, la norma de conflicto remite a la ley del lugar de prestación de servicios. Conviene recordar que el Reglamento 883/2004 ha obviado cualquier referencia específica a estos colectivos, por lo que en principio será aplicable la regla general (*lex loci laboris*).

Ni el Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas ni el relativo a Relaciones Consulares, que admiten la aplicación preferente de los convenios bilaterales o multilaterales (arts. 33.5 y 48 respectivamente), establecen previsión específica respecto de los derechos de Seguridad Social de esos sujetos. Los convenios bilaterales suscritos por España reconocen en su mayoría el derecho de opción en los términos del Reglamento 1408/71, de modo que el personal administrativo y técnico que no sea funcionario y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de cada una de las Partes, así como el personal al servicio privado

1995, y art. 14 del Convenio de 23-1-1971, de Sede de la OISS (ratificado por Instrumento de 17 de enero de 1972, y publicado en el BOE de 24-2-1972); vid. STSJ de Madrid de 14-5-2003 (JUR 237206).

¹²⁰ Vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 103-104.

de los miembros de dichas Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, pueden optar entre la aplicación de la legislación del Estado acreditante o la legislación de la otra Parte, a condición de que sean nacionales del Estado acreditante (Andorra, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Ecuador, Eslovaquia, Filipinas, Marruecos, Paraguay, Perú, República Checa, Túnez, Uruguay, Venezuela). No obstante, en algún caso se afirma que los nacionales de uno de los Estados contratantes empleados por el Gobierno de ese Estado en el territorio del otro Estado contratante estarán sometidos solamente a la legislación del primer Estado (Estados Unidos), por lo que el español que preste servicios en la embajada o consulado español en Estados Unidos deberá incorporarse al Sistema español en cualquier caso; correlativamente, quedará excluido del Sistema el estadounidense que preste servicios para la embajada o consulado de ese país en España¹²².

En defecto de norma internacional debe regir la *lex loci laboris*, esto es, la legislación de Seguridad Social del Estado receptor y no la del acreditante. Como ha recordado la jurisprudencia¹²³, quienes presten sus servicios para una embajada española en el extranjero residen, a efectos de la normativa española de Seguridad Social, en el extranjero, y deberían en consecuencia recibir protección social del Estado en el que desarrollen su actividad¹²⁴. En este contexto, la acción protectora del Sistema únicamente les alcanzará cuando así lo dispongan normas específicas. El referente, aunque su aplicación excede del ámbito diplomático, es el RD 2234/1981, de 20 de agosto¹²⁵, en virtud del cual el personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero debe quedar incluido en el Sistema español de Seguridad Social siempre que obligatoriamente no esté comprendido en el sistema del Estado receptor¹²⁶ o, si se concediese un derecho de opción, no se decida por éste¹²⁷.

En consecuencia, se impone a las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en el extranjero, así como las oficinas en el extranjero de la Administración

¹²¹ Vid. C. AYALA DEL PINO, *Relación laboral común o especial de servicio del hogar familiar*, AS, nº 21, 2004, pp. 28 y ss.

¹²² Vid. M.V. CASTILLO DAUDÍ, *El régimen jurídico del personal al servicio de las embajadas españolas en el extranjero*, RPS, nº 91, 1971, pp. 101 y ss.

¹²³ Vid. STS de 12-12-1996 (Ar. 9647).

¹²⁴ Vid. STSJ de Madrid de 6-4-2001 (AS 2335).

¹²⁵ Desarrollado por una Orden de 8 de junio de 1982 y modificado por RD 1124/2001.

¹²⁶ Por ejemplo, el art. 5 de la *Social Insurance Law* de Arabia Saudí [Decisión del Consejo de Ministros nº 199 de 13 de noviembre de 2000] excluye del Sistema a los trabajadores no saudíes en misiones internacionales, diplomáticas o militares extranjeras («*foreign employees working in foreign international or diplomatic or military missions*»)

¹²⁷ La inclusión en el Sistema español sólo pudo producirse a partir de la norma citada, que carece de efectos retroactivos; vid. SSTS de 12-12-1996 (Ar. 9647) y de 7-2-1997 (Ar. 1167)

del Estado que no formen parte de las citadas misiones diplomáticas y consulares, el deber de solicitar el ingreso en la Seguridad Social local del personal a su servicio, siempre que tenga nacionalidad española, opte por dicha Seguridad Social y que ello resulte posible en virtud de las normas de internacionales o internas aplicables. Cuando esa normativa no permita la inclusión de ese personal en el sistema del Estado receptor, cualquiera que sea la causa, quedará comprendido en el Sistema español. La limitación subjetiva por razón de nacionalidad resulta en este caso plenamente razonable. El deber del Estado de proteger a sus propios nacionales, aun en el extranjero, es una razón justificativa de suficiente peso -y que en el ámbito de la Seguridad Social cuenta con el incuestionable sustento del art. 7.4 LGSS- como para legitimar que no queden incluidos en el Sistema quienes no ostenten la nacionalidad española, hayan sido contratados fuera de España y presten servicios para la Administración Pública española en el extranjero¹²⁸. Claro está, a los funcionarios públicos al servicio de la Administración española en el extranjero y al personal laboral contratado en España les será de aplicación el régimen jurídico del desplazamiento.

En cuanto al personal no funcionario de las misiones diplomáticas extranjeras en España, en defecto de convenio internacional su incorporación debería tener lugar de forma automática por la prestación de servicios en España; no obstante, y con el propósito de evitar una doble afiliación, la práctica administrativa ha considerado más conveniente proceder a incorporaciones individuales del personal no funcionario al servicio de representaciones diplomáticas. La incorporación al Sistema español sólo se produce en estos casos a propuesta, o por solicitud, del Jefe de la misión diplomática u oficina consular, plasmada habitualmente en resoluciones de la Secretaría General para la Seguridad Social (que no se publican en el BOE)¹²⁹, o bien por la vía del canje de notas¹³⁰.

¹²⁸ Así lo entiende también la STSJ de Madrid de 6 de abril de 2001, publicada en AL, nº 35, 2001, pp. 3492 y ss.

¹²⁹ A modo ejemplificativo, la Resolución de la TGSS de 30-4-1996, publicada en Tribuna Social, nº 67, 1996, incluye en el Régimen General al personal no funcionario de la Oficina de Relaciones Comerciales y Económicas de la Embajada de la República Árabe de Egipto en España; la Resolución de la TGSS de 9-4-1999, publicada en Tribuna Social, nº 102, 1999, pág. 66, hace lo propio con el personal no funcionario empleado en la Embajada Hachemita de Jordania en España; y la Resolución de la TGSS de 9-10-2000, publicada en Tribuna Social, nº 120, 2000, pp. 83-85, declara comprendido al personal no funcionario empleado en las embajadas en España de Turquía, República Islámica de Mauritania, Costa de Marfil y Camerún.

¹³⁰ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 429; B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pág. 46; F. MARTÍNEZ LÓPEZ, *La Seguridad Social española en el año 1988*, RSS, nº 40, 1988, pág. 25.

Conviene recordar que tanto el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas como el relativo a Relaciones Consulares recogen la inaplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado receptor a los «criados particulares» que se hallen al servicio exclusivo del Agente diplomático, siempre que no sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente, y que estén incluidos en los mecanismos protectores bien del Estado acreditante bien de un tercer Estado. El art. 33 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y el 48 del Convenio sobre Relaciones Consulares, prevén que «el agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique tal exención habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores». En todo caso, ambos convenios recuerdan que sería posible «la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado»¹³¹. En clara sintonía, el art. 2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Seguridad Social del Servicio Doméstico, dispone que «los empleados de hogar españoles residentes en el extranjero, al servicio de los representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, podrán solicitar su inclusión en este Régimen Especial, que le será otorgada siempre que reúnan los demás requisitos exigidos».

6- Distintas excepciones a la territorialidad en el trabajo: pabellones de conveniencia, personal itinerante, pluriactividad internacional, servicio militar

Las interconexiones entre la profesionalidad y la residencia provocan que ninguno de esos criterios opere de forma absoluta. La extensión espacial de la Seguridad Social es definida por cada Estado -en principio libremente, pero con el condicionante de sus compromisos internacionales- en función de factores de muy diversa naturaleza, que en ocasiones se combinan: el lugar de residencia del interesado, el de actualización del hecho causante o el lugar de prestación de servicios. La toma en consideración conjunta de esas circunstancias puede suponer una inhibición del Estado en el que se desarrolla la actividad a favor de otro con el que la situación presenta vínculos más

¹³¹ Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 278 y ss.

estrechos¹³². La normativa internacional contiene un buen número de situaciones particulares en las que es menester establecer una norma de conflicto que aclare cuál ha de ser la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, ya que no siempre la ley del lugar de prestación de servicios es la más adecuada¹³³.

Las normas de conflicto tienen una finalidad eminentemente coordinadora, y no garantizan realmente que el sujeto vaya a gozar de protección —o de la mejor protección— contra riesgos sociales; a la postre, la ley aplicable podría derivar en la exclusión del sujeto de cualquier mecanismo tuitivo. Así puede suceder con los trabajadores españoles que se dediquen a actividades marítimo-pesqueras por cuenta ajena a bordo de buques abanderados en países con los que no exista convenio internacional de Seguridad Social. Los trabajadores que presten servicios a bordo de un buque se rigen por la «ley del lugar de su abanderamiento», tanto a tenor del art. 10.2 del Código Civil, como de los arts. 13.2.c) Reglamento 1408/71 y 11.4 Reglamento 883/2004.

La consecuencia de tal remisión es, a menudo, una evidente infraprotección, por el ya consabido problema de los pabellones de conveniencia¹³⁴. En virtud de la Ley del Pabellón, y salvo previsión en contrario del Derecho Comunitario o de acuerdo internacional, quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social español quienes presten servicios a bordo de un buque que enarbole bandera de otro Estado¹³⁵ -aunque hay quien entiende aplicable la ley española si el contrato se celebra en España entre empresario y trabajador españoles-¹³⁶, y, al contrario, deben incorporarse al mismo quienes presten servicios en un barco abanderado en España¹³⁷. El art. 11.4 Reglamento 883/2004 contiene una excepción en este punto, ya que la Ley del Pabellón no es de aplicación cuando el trabajador sea remunerado por una empresa o una persona que

¹³² Vid. S. VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 305.

¹³³ Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 62 y ss.

¹³⁴ De ahí que la jurisprudencia laboral haya matizado en ocasiones la aplicación de esa regla; vid. STS de 9-5-1988 (Ar. 3582).

¹³⁵ Vid. STS de 19-2-1990 (Ar. 1116) y STSJ de Galicia de 13-11-1998 (AS 4100)

¹³⁶ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Pabellones de conveniencia y Seguridad Social*, AS, nº 6, 2002, pp. 59 y ss.; E. ARGIROFFO, *La OIT ante el problema de las banderas de conveniencia de los navíos que no cumplen las normas mínimas*, Revista Internacional de Trabajo, volumen 90, nº 5, 1974, pp. 493 y ss.; M. URRUTICOEHEA BARRUTIA, “Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 776.

¹³⁷ Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 23 y ss.; M. CANOSA RODRIGO, *Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pp. 23-24; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia*, RTSS (CEF), nº 260, 2004, pp. 73 y ss.

tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado Miembro en el que además resida el trabajador; el pagador es considerado empresario y la sede de la empresa, en relación con la residencia del trabajador, desplaza en este caso a la Ley del Pabellón¹³⁸. Cuestión distinta es que la retribución sea abonada por un apoderado en un Estado distinto, circunstancia que no obstaculiza la aplicación de la Ley del Pabellón¹³⁹. Soluciones muy similares han adoptado la mayor parte de tratados bilaterales suscritos por España (Brasil, Bulgaria, Chile, Eslovaquia, Marruecos, México, Perú, República Checa, Túnez, Uruguay), aunque es cierto que alguno permite optar (Ucrania) y que una minoría acoge como criterio principal la coincidencia entre el lugar de residencia y el lugar de contratación (Canadá, y cuando la empresa es mixta Chile –que exige también nacionalidad-, Túnez y Uruguay).

Los pabellones de conveniencia suponen una huida de los ordenamientos más protectores, que originan mayores costes; por consiguiente, el abanderamiento en Estados con escasas medidas sociales provoca un notable perjuicio para el trabajador¹⁴⁰, lo que justifica una intervención pública que incida en la protección de los marinos españoles que presten servicios en buques con bandera extranjera. En ese sentido, el art. 2 de la Orden de 13 de julio de 1971¹⁴¹ permite que estos trabajadores suscriban un convenio especial, con lo que se encontrarían en una situación asimilada al alta en el RETM. La vertiente negativa estriba –al margen de su carácter voluntario- en la limitada acción protectora del convenio especial, que, por ejemplo, no proporciona cobertura contra las contingencias profesionales¹⁴². En cualquier caso, ese tipo de medidas implican una extensión del Sistema de Seguridad Social fuera del territorio nacional, con el propósito de evitar el desamparo de quien abandona España para

¹³⁸ La DA 15ª Ley 27/1992, de 24 de noviembre, contiene otra excepción respecto de los buques matriculados en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias. La inscripción en el registro dará lugar a la patente de navegación que habilitará a los buques para navegar bajo pabellón español (apartado 3), con el sometimiento de los tripulantes a la Ley española. Sin embargo, y a tenor del apartado 7, «las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro especial, se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la Organización Internacional del Trabajo o, 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»; vid. M. AGÍS DASILVA, *El segundo registro español de buques y su repercusión en la normativa laboral de extranjería. Notas para un estudio*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pp. 40 y ss.

¹³⁹ Vid. STS de 15-1-2001 (Ar. 768).

¹⁴⁰ Vid. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia*, REDT, nº 108, 2001, pp. 909 y ss.; J.A. MARTÍNEZ DE LANDALUCE, *De las banderas de conveniencia a los segundos registros*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pp. 36 y ss.

¹⁴¹ BOE del 16.

realizar su actividad en otro país. La asimilación al alta, con un papel estelar del convenio especial, es la opción que usualmente utiliza el legislador para permitir el ingreso de esos colectivos en el campo de aplicación del Sistema.

Una problemática diferente presenta el personal itinerante, caracterizado por dedicarse a una actividad, por cuenta propia o ajena, que se desenvuelve en varios Estados simultáneamente, dificultando la apreciación de la territorialidad y la elección de la ley aplicable. En el ámbito comunitario, su regulación se encuentra en el art. 14.2 Reglamento 1408/71 y en su concordante art. 13 del Reglamento 883/2004, que descartan la afiliación múltiple, solución técnicamente insatisfactoria. Por ello, parten de la unicidad de la legislación aplicable y determinan el punto de conexión en función de la intensidad del vínculo. Una vez identificada la legislación aplicable, tiene lugar una ficción, pues se presume que el trabajador ejerce completamente su actividad y percibe la totalidad de sus ingresos en el Estado Miembro al que remite la norma de conflicto¹⁴³.

El nuevo Reglamento comunitario, en su afán de simplificación¹⁴⁴, no diferencia, como sí lo hace el Reglamento 1408/71, entre el personal itinerante de empresas de transporte internacional y los trabajadores de otras compañías¹⁴⁵. Con carácter general, la persona que ejerza su actividad por cuenta ajena en dos o más Estados Miembros estará sujeta a la legislación española cuando tenga su residencia en España, siempre que, o bien realice una parte sustancial de su actividad en territorio español, o bien, no concurriendo tal circunstancia, preste servicios para varios empleadores con sede o domicilio en diferentes Estados Miembros. En el caso de que se presten servicios para uno o varios empleadores con sede en el mismo Estado Miembro¹⁴⁶ y no se ejerza una

¹⁴² Vid. X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 203-231 y 265-271.

¹⁴³ Art. 14 *quinquies*.1 Reglamento 1408/71 y art. 13.5 del Reglamento 883/2004.

¹⁴⁴ Vid. E. GARRIDO PÉREZ, *La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes españoles*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 5 y ss.

¹⁴⁵ Vid. A.P. GOLLOT, *Droit Social et protection social des expatriés dans la CEE*, Dalloz, París, 1993, pp. 167 y ss.; N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, París, 1991, pp. 278 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Determinación de la normativa de Seguridad Social aplicable al transporte internacional*, REDT, nº 72, 1995, pp. 571 y ss.

¹⁴⁶ El art. 14.2 a) del Reglamento 1408/71 establece una salvedad para las empresas con sucursales en varios Estados Miembros, con el objeto de evitar fraudes y de adecuar el régimen jurídico a la situación real del trabajador, y remite a la ley del Estado Miembro donde esté establecida una sucursal o una representación permanente de la empresa cuando el trabajador itinerante hubiera sido contratado por ella, aunque la sede de la empresa se encontrase en otro Estado. La Ley del Estado donde se encuentra la sucursal prevalece, pues el trabajador estaba «ocupado “por” (y no “en”) una sucursal, y por ello su actividad se realizará en conexión directa con esa sucursal»; cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, 1982, pág. 291. El Reglamento 883/2004 no contiene una previsión similar, y ello podría propiciar un

parte sustancial de la actividad en el Estado Miembro de residencia del trabajador, se aplicará la legislación española cuando la empresa tenga su sede en España¹⁴⁷.

Soluciones parecidas contienen la mayor parte de convenios internacionales suscritos por España. En efecto, es habitual la previsión de que el personal de vuelo de las empresas de transporte aéreo (en algunos casos se utiliza una expresión más amplia, como es “transporte”, sin especificar la vía -Marruecos, Rusia-, o se alude a transporte «aéreo o terrestre» -Andorra, Bulgaria, Eslovaquia, Polonia, República Checa, Túnez, Ucrania-) estará exclusivamente sujeto a la legislación vigente en el Estado donde tenga su domicilio la empresa (además de los citados, también Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela), aunque en algún caso se matiza que si los trabajadores residen en el territorio del otro Estado contratante se les aplicará solamente la legislación de ese otro Estado (Estados Unidos).

Allí donde no hay norma de conflicto supranacional debe aplicarse el ordenamiento interno de cada Estado. El art. 7 LGSS exige la residencia y el trabajo en España como requisito de inclusión en el campo de aplicación. El personal itinerante residente en España estará comprendido en el Sistema cuando preste sus servicios – parte de ellos en realidad- en España. En los momentos de prestación de servicios en el extranjero el Sistema español tampoco debería desentenderse, aunque la articulación resulta más compleja. Sería menester recurrir a una interpretación teleológica, pues aunque técnicamente no sea un supuesto de desplazamiento o traslado -la movilidad del personal itinerante es inherente al objeto del contrato-, la situación asimilada al alta prevista para esos supuestos debería operar cuando el trabajador resida en España y la

alejamiento de la ley aplicable respecto a la realidad. En aplicación de su art. 13, si el trabajador reside en un Estado Miembro distinto de aquél en el que desarrolla sustancialmente su actividad, y presta servicios para una única empresa, o varias con sede en el mismo Estado Miembro, se aplicará la legislación de Seguridad Social de este último Estado, el de la sede, que no coincide con el lugar de residencia del trabajador, ni con aquél donde desarrolla la mayor parte –o ni siquiera una parte- de su actividad. De este modo, entraría en juego un sistema de Seguridad Social cuya relación con la prestación de servicios resulta, no ya mediata, sino difusa e insuficiente. El problema, de preferirse una interpretación literal, adquiriría mayores proporciones cuando la sede de la empresa no se encuentre en territorio de un Estado Miembro, porque si se prescinde de sucursales y/o representaciones permanentes es posible que el art. 13 del Reglamento 883/2004 remita a la ley de un tercer Estado. Por ello, parece más razonable no suprimir de la normativa comunitaria de Seguridad Social las referencias a la sucursal como equivalente a la sede de la empresa con objeto de establecer un punto de conexión; o bien, si se quiere, conceder mayor peso al lugar predominante de prestación de servicios aunque no coincida con el de la residencia. Es probable que el Reglamento 883/2004, si no se modifica su texto actual, requiera una intervención decisiva del TJCE en este aspecto. Por otra parte, del art. 13.1 b) del Reglamento 883/2004 cabe inferir que la ley del Estado Miembro donde la empresa tenga su sede puede aplicarse aun cuando el trabajador preste servicios para varios empleadores radicados en Estados Miembros diferentes. La empresa cuya sede se tomaría como referencia es aquella que «ocupa principalmente» al trabajador.

¹⁴⁷ Vid. STJCE Calle Grenzshop Andresen (de 16-2-1995, asunto C-425/93).

empresa tenga aquí su sede o una sucursal permanente¹⁴⁸. Es cierto que el ordenamiento español de Seguridad Social, de ordinario, no concede una importancia decisiva a la sede de la empresa, criterio que podría dar lugar a ampliaciones —o restricciones— desproporcionadas de su ámbito de cobertura; pero la concurrencia de ese dato con el de la residencia en España del trabajador y con la prestación de servicios, siquiera parcial, en territorio nacional son motivos suficientes para que el Sistema de Seguridad Social despliegue su acción protectora.

La solución más convincente es la que prevén los distintos instrumentos supranacionales —en especial los Reglamentos comunitarios, mucho más desarrollados en este punto que los convenios bilaterales—, a los que debería acudir para integrar la laguna. La aplicación exclusiva y en su totalidad de la legislación de Seguridad Social de un Estado, aquél que presente los vínculos más estrechos, es la mayor garantía para el trabajador itinerante y la opción más razonable desde la perspectiva de la simplicidad y eficacia en la gestión. Por ello, las normas de conflicto supranacionales en materia de Seguridad Social manejan varios criterios, con el objetivo de adecuar en lo posible la ley aplicable a los intereses de todas las partes implicadas.

Respecto del ejercicio de un trabajo autónomo, el art. 11.3 a) Reglamento 883/2004 remite a la legislación del Estado Miembro en el que se realice la actividad. En el supuesto de que el trabajador desarrolle la actividad por cuenta propia en dos o más Estados Miembros se aplicará la legislación del Estado de residencia si en él se ejerce una parte de la actividad¹⁴⁹. En caso contrario, se aplicará la legislación del Estado Miembro en el que ejerce su actividad principal, o, en expresión del art. 13.2.b) Reglamento 883/2004, la ley del Estado en el que se encuentre el centro de interés de sus actividades, esto es, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado. En su defecto, han de valorarse «criterios tales como el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerce, el número de prestaciones efectuadas y los ingresos que se deriven de dichas actividades»¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Vid. arts. 135 LGSS, 36 RD 84/1996 y Orden de 27 de enero de 1982.

¹⁴⁹ Art. 14.bis.2 Reglamento 1408/71. El art. 13.1.a) Reglamento 883/2004 añade que la parte de la actividad realizada en el Estado Miembro de residencia ha de ser «sustancial».

¹⁵⁰ Cfr. art. 12 bis 5 d) Reglamento 574/72. Para evitar el completo desamparo de los trabajadores autónomos cuando la legislación aplicable no les permite proteger, ni siquiera con carácter voluntario, la contingencia de vejez, el art. 14 bis 4) del Reglamento 1408/71 declara aplicable ya sea la legislación del otro Estado Miembro con el que existe nexo de unión, ya sea, cuando tales vínculos hubieran aparecido con varios ordenamientos, la legislación determinada de común acuerdo entre los Estados Miembros correspondientes o sus autoridades competentes. Esa previsión ha desaparecido en el Reglamento 883/2004.

El Reglamento 883/2004 tampoco contempla un supuesto «curioso y particular»¹⁵¹ de norma de conflicto, recogido en el art. 14.3 del Reglamento 1408/71 [y también en el art. 15.1.c) del Convenio Europeo de Seguridad Social]. En su virtud, «la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado Miembro, en una empresa que tenga su sede en el territorio de otro Estado Miembro y que está atravesada por la frontera común de estos Estados, estará sometida a la legislación del Estado Miembro en cuyo territorio tenga su sede dicha empresa»¹⁵². La ausencia de previsión específica en el Reglamento 883/2004 obliga a acudir a las reglas generales, debiendo determinarse si el trabajador presta servicios exclusivamente en un Estado (en cuyo caso se aplicará la *lex loci laboris*) o en más de uno, supuesto en el que habrá que determinar si ejerce una parte sustancial de la actividad en el Estado Miembro de residencia (se aplicaría entonces la ley del Estado de residencia) o no se produce tal circunstancia (la norma de conflicto remite en ese caso a la ley del Estado Miembro donde la empresa tenga su sede).

Podría ocurrir que una persona realice simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados Miembros. El art. 14 *quater* del Reglamento 1408/71 remite con carácter general a la ley del Estado donde se desarrolle el trabajo por cuenta ajena, o a la que derive de la aplicación de las reglas sobre personal itinerante si esa actividad se realiza en más de un Estado. Sin embargo, prevé también una regulación peculiar en los supuestos del Anexo VII del Reglamento, que recoge situaciones muy concretas y heterogéneas en función de los países implicados. En esos supuestos cada Estado aplicará su legislación de Seguridad Social a la actividad desarrollada en su territorio, salvo que en alguno de esos Estados Miembros se hubiera configurado un seguro obligatorio, como es el caso de España –sin perjuicio del convenio especial-, y en otro únicamente un seguro voluntario o facultativo continuado, en cuyo caso «el interesado estará sujeto exclusivamente al régimen de seguro obligatorio», aunque cabría establecer matizaciones respecto de las pensiones de invalidez, vejez o muerte (art. 15 del Reglamento 1408/71)¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, 1982, pág. 283.

¹⁵² Una regla análoga establece el art. 14 *bis* 3) del Reglamento 1408/71 para los trabajadores autónomos.

¹⁵³ El Anexo VII del Reglamento 1408/71 recoge supuestos de ejercicio de una actividad por cuenta propia en un Estado Miembro y desarrollo simultáneo de un trabajo por cuenta ajena en otro Estado Miembro determinado. En algún caso la aplicación concurrente de legislaciones de Seguridad Social se supedita a que se acredite residencia en el país donde se realiza el trabajo autónomo (España y Dinamarca), aunque en la mayor parte de supuestos no hay mención a la residencia (Bélgica, Francia, Italia y Portugal). Lo decisivo es que la actividad por cuenta ajena se desarrolle en otro Estado Miembro,

La eventual aplicación simultánea de legislaciones es una excepción a la regla general, la unicidad y exclusividad de la legislación aplicable¹⁵⁴, principio sustentado por el TJCE¹⁵⁵ para evitar los problemas derivados de la aplicación de varias legislaciones al mismo tiempo¹⁵⁶. El Reglamento 883/2004 ha suprimido esa posibilidad de aplicación concurrente de legislaciones¹⁵⁷; su art. 13.3 contempla el desempeño simultáneo de una actividad por cuenta ajena y otra por cuenta propia en diferentes Estados Miembros, haciendo primar la actividad por cuenta ajena. En este sentido, el art. 13.5 del Reglamento 883/2004 deja claro que la legislación a la que remite la norma de conflicto debe presumir *iuris et de iure* que el trabajador ejerce la totalidad de sus actividades por cuenta ajena o propia y percibe la totalidad de sus ingresos en ese Estado.

En la misma línea de ejercicio de actividades simultáneas en diferentes Estados, el art. 13.5 Reglamento 883/2004 prevé la situación de un funcionario de un Estado Miembro que ejerce una actividad por cuenta propia o ajena en algún otro Estado Miembro. En esos supuestos prevalece la condición de funcionario, y la norma de conflicto remite a la «legislación del Estado Miembro a la que esté sujeta la Administración que le emplea». El supuesto se recoge también en el art. 14 *sexies* del Reglamento 1408/71, pero limitado a los funcionarios incluidos en un régimen especial de funcionarios. De este modo, para el Reglamento 1408/71 los funcionarios adscritos al Régimen General de la Seguridad Social española se equiparan a los trabajadores asalariados a estos efectos, con lo que las normas de conflicto previstas para éstos

si bien en algún caso la entrada en juego del art. 14 *quater* se supedita al hecho de que la actividad por cuenta propia tenga un carácter agrícola (Alemania con carácter general y Francia respecto de Luxemburgo).

¹⁵⁴ Vid. S. VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 322-331; A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 226 y ss.

¹⁵⁵ Como advierte la STJCE Kuyjpers (de 23-9-1982, asunto 276/81), el objetivo de las previsiones contenidas en el Título II del Reglamento 1408/71 es el de asegurar que las personas afectadas estén sujetas al sistema de Seguridad Social de un solo Estado Miembro, para evitar las complicaciones que surgirían de la aplicación simultánea de más de un ordenamiento.

¹⁵⁶ Vid. A.M. RECIO LAZA, *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, 1997, pp. 83-86.

¹⁵⁷ Aunque debería admitirse para el supuesto previsto en el art. 14 *septies* del Reglamento 1408/71. A tenor de ese precepto, cada Estado debe aplicar su normativa de Seguridad Social cuando una misma persona ejerza simultáneamente una actividad como funcionario o personal asimilado en dos o más Estados Miembros y esté asegurada en un régimen especial de funcionarios al menos en uno de dichos Estados Miembros. Ese precepto no tiene parangón en el Reglamento 883/2004, lo que no es obstáculo para defender idéntica solución. En la medida en que no hay una sola actividad, sino dos, con doble dependencia orgánica, la regla general, consistente en que el funcionario está comprendido en el sistema de Seguridad Social del Estado de cuya Administración dependa [art. 11.2.b) Reglamento 883/2004], implica la doble afiliación.

también son de aplicación a aquéllos¹⁵⁸. En cambio, el Reglamento 883/2004 alude únicamente a la condición funcional; y su art. 1 d) define funcionario como «la persona considerada como funcionario o asimilado por el Estado Miembro del que depende la Administración que la ocupa», por lo que la referencia a funcionario incluye a todo el que ostente tal condición, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que se encuadre.

El art. 13.2 f) del Reglamento 1408/71 recoge una norma de conflicto por exclusión, prácticamente de cierre, ya que remite a la legislación del Estado Miembro de residencia cuando un trabajador pierda las condiciones requeridas para estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de un Estado Miembro, y no pueda incorporarse a los mecanismos de protección social instaurados en otro Estado Miembro en virtud de las normas de conflicto de aplicación general¹⁵⁹. El art. 114 del Reglamento 574/72 insiste en la integración de lagunas y remite -aunque a título provisional hasta que la Comisión Administrativa de Seguridad Social para los Trabajadores Migrantes ofrezca una solución definitiva a la concreta controversia¹⁶⁰- a la legislación del Estado de residencia del interesado o, en su defecto, a la del Estado al cual el interesado se hubiera dirigido en primer lugar. El art. 11.3.e) Reglamento 883/2004 envía asimismo a la legislación del Estado de residencia cuando no sean aplicables otras normas de conflicto.

Las reglas antevistas pueden excepcionarse -arts. 17 Reglamento 1408/71 y 16 Reglamento 883/2004- cuando dos o más Estados Miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades consideren de común acuerdo, y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, que la inaplicación de estos preceptos es la medida más adecuada¹⁶¹. Prácticamente todos los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España incorporan una precisión análoga. En el mismo sentido, el TJCE ha entendido que el trabajador continúa bajo el amparo del sistema de Seguridad Social del Estado en el que ha desarrollado su última actividad cuando cese en la misma y temporalmente abandone ese Estado por causa de enfermedad, puesto que el motivo del

¹⁵⁸ Vid. STJCE Van Poucke (de 24-3-1994, asunto C-71/93).

¹⁵⁹ Vid. A.M. RECIO LAZA, *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, 1997, pp. 103-105.

¹⁶⁰ Competencia reconocida en los arts. 81.a) del Reglamento 1408/71 y en el art. 72.a) del Reglamento 883/2004.

desplazamiento no es el ejercicio de una actividad profesional¹⁶²; por el contrario, cuando la interrupción de la actividad y el abandono del Estado en el que se prestan servicios sea definitiva, la legislación de Seguridad Social aplicable será la del Estado de residencia¹⁶³.

Por otro lado, el servicio militar y la prestación social sustitutoria realizados por extranjeros que residen y/o trabajan en España puede repercutir en el Sistema de Seguridad Social. Es un supuesto muy singular, que con carácter general y omnicompreensivo –haciendo abstracción de la nacionalidad- ha merecido respuesta normativa; pero en la actual coyuntura interna, sólo el elemento internacional da sentido a normas en otro caso inaplicables. El art. 125.2 LGSS y el art. 36.1.4º del RD 84/1996 califican como situación asimilada al alta la suspensión del contrato de trabajo por servicio militar o prestación social sustitutoria¹⁶⁴. Podría estimarse que el supuesto se encuentra vacío de contenido, pues en estos momentos ya no son obligatorios en España, por estar en suspenso, ni el servicio militar¹⁶⁵ ni la prestación social sustitutoria¹⁶⁶. En esta coyuntura, la situación asimilada al alta parece haber perdido su razón de ser. Sin embargo, ni el art. 125.2 LGSS, ni el art. 36.1.4º RD 84/1996, ni los arts. 45 e) y 48.3 ET, precisan el Estado en el que debe cumplirse la correspondiente obligación.

Seguramente esos preceptos pensaban en su origen en el servicio militar o en la prestación sustitutoria realizada por un trabajador español; el carácter de Estado de emigración que tradicionalmente ha caracterizado a España provocaba que las normas ni siquiera se planteasen la situación de los trabajadores extranjeros. En el ámbito comunitario, los reglamentos de coordinación establecen normas de conflicto específicas. A tenor de los arts. 13.2.e) Reglamento 1408/71 y 11.3 d) Reglamento 883/2004, la persona que reside y/o trabaja en un Estado Miembro, pero debe acudir al

¹⁶¹ Sobre el alcance de esta previsión, vid. A.M. RECIO LAZA, *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, 1997, pp. 101-103; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 219-226.

¹⁶² Vid. STJCE Ten Holder (de 12-6-1984, asunto 302/84).

¹⁶³ Vid. SSTJCE Noij y Daalmeijer (ambas de 21-2-1991, asuntos 140/88 y 245/88).

¹⁶⁴ Excepto a efectos de IT y jubilación. La asimilación al alta se mantendría hasta la reincorporación del trabajador en el plazo concedido por el art. 48.3 ET; vid. F. CARMONA POZAS, *La suspensión del contrato de trabajo por cumplimiento del servicio militar, obligatorio o voluntario, o servicio social sustitutivo*, REDT, nº 7, 1981, pp. 317 y ss.

¹⁶⁵ La DA 13ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas declaraba en suspenso la prestación del servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2002; no obstante, el RD 247/2001, de 9 de marzo (BOE del 10), adelantó esa suspensión al 31 de diciembre de 2001.

¹⁶⁶ La prestación social sustitutoria fue suspendida, en consonancia con la suspensión del servicio militar, por el RD 342/2001, de 4 de abril (BOE del 17).

territorio de otro Estado Miembro diferente para cumplir el servicio militar o el civil sustitutorio, quedará sometida a la legislación del Estado en el que ha de cumplir el servicio militar o civil en tanto realice esa actividad¹⁶⁷. La unicidad de la legislación aplicable no supone que el extranjero llamado a filas en su país quede excluido del Sistema español de Seguridad Social; lógicamente, no será un sujeto comprendido por esa actividad, pero podrá permanecer en situación asimilada al alta en virtud del trabajo que venía desarrollando en España.

En cuanto a los extranjeros no comunitarios, el derecho internacional no ofrece soluciones, por lo que es menester acudir al ordenamiento interno. Los extranjeros en situación regular no pueden ser discriminados por razón de nacionalidad (art. 23 LOE). Además, el art. 3 LOE dispone que «como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». El art. 45 ET, el 125 LGSS y sus concordantes hacen abstracción de la nacionalidad del afectado y del lugar de cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria, porque el supuesto de hecho y los intereses en juego son los mismos: trabajador que deja de prestar servicios por la necesidad de cumplir un deber público de carácter obligatorio.

Las limitaciones por nacionalidad o territorialidad en estos casos podrían provocar, por ejemplo, que no se considerase en situación de excedencia forzosa a un trabajador elegido o designado para un cargo público que deba desarrollarse en el extranjero, como, por ejemplo, Diputado del Parlamento Europeo o miembro de la Comisión o del Consejo de la UE. Podría argüirse que en estos últimos supuestos, aun siendo innegable su carácter supranacional, el interés del Estado español es patente, pues ese cargo conlleva la representación de España, mientras que la realización del servicio militar o de la prestación social sustitutoria podría incluso ser vista con recelo, al contribuir al desarrollo del potencial bélico de otro Estado. Desde esa perspectiva, se

¹⁶⁷ Resulta de interés la STJCE Adánez-Vega (de 11-11-2004, asunto C-372/02), en la que un español residente en Alemania solicitó la prestación por desempleo en ese Estado tras cumplir en España el servicio militar obligatorio. La entidad gestora alemana denegó la solicitud, pues decidió no computar el tiempo de prestación del servicio militar, con lo que no se cubría el período de carencia. El TJCE considera que al término del servicio militar debe aplicarse la legislación del Estado de residencia, la alemana en el supuesto de hecho; y concluye que «un período de servicio militar obligatorio en otro Estado Miembro constituye un período de empleo cubierto como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de ese otro Estado Miembro en el sentido del artículo 67, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71, actualizado mediante el Reglamento nº 2001/83, en su versión modificada por el Reglamento nº 2195/91, cuando, por un lado, está definido o admitido como tal por la legislación de ese otro Estado Miembro o está asimilado y reconocido por dicha legislación como equivalente a un período de empleo y, por otro lado, el interesado estuvo asegurado en el sentido del artículo 1, letra a), del mismo Reglamento durante su servicio militar».

elevaría a objetivo prioritario de la causa de suspensión la defensa del Estado español. Pero la suspensión del contrato procede no sólo para realizar el servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria e, incluso, en las situaciones de actividad de los objetores de conciencia¹⁶⁸.

La suspensión del contrato pretende, como objetivo netamente laboral, garantizar la subsistencia del contrato durante el cumplimiento de un deber de carácter público. El servicio militar, a estos efectos, no tendría más peculiaridad que la participación como miembro de un jurado. El cumplimiento de un deber público de carácter obligatorio es suficiente para que opere la causa de suspensión del contrato, con independencia del Estado que imponga tal deber; el objetivo último es evitar que el trabajador deba elegir entre la extinción del contrato de trabajo y el incumplimiento – normalmente sancionable- de ese deber público. Elevar el interés del Estado español a condición *sine qua non* carece de sustento legal y desnaturaliza por completo la finalidad y propósito de esas medidas.

Por tanto, a efectos de Seguridad Social el trabajador extranjero que deba realizar el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria (o en su caso un período de actividad como objetor de conciencia) en otro país, permanecerá en situación asimilada a la de alta en el Sistema; y en la misma situación se encontraría el extranjero que, trabajando en España e incorporado al Sistema español de Seguridad Social, fuese elegido o designado para un cargo público o para representar a su país en un organismo o institución internacional que suponga su excedencia forzosa, pues ése es un derecho no condicionado por la nacionalidad ni por el Estado o la institución en que deba cumplirse el mandato correspondiente¹⁶⁹.

Situación diferente, aunque vinculada al mundo militar, es la de los reservistas voluntarios, figura prevista en el art. 163 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y regulada en el RD 1691/2003, de 12 de diciembre. A tenor de su art. 1 «son reservistas voluntarios los españoles que, en

¹⁶⁸ Hasta 1998 ese derecho se reconocía en el art. 10 de la Ley 48/1984, norma que fue derogada por la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, que contiene una previsión análoga también en su art. 10.

¹⁶⁹ Un indicio de que el servicio militar o la prestación social sustitutoria pueden seguir teniendo trascendencia en materia de Seguridad Social lo ofrece el Real Decreto-Ley 3/2004, cuyo art. 3.1.a) establece que las responsabilidades familiares que eventualmente justifican la conservación de la prestación por desempleo mientras se está desarrollando el servicio militar o la prestación sustitutoria se determinan conforme al SMI y no conforme al nuevo índice público de renta de efectos múltiples. Aunque el propósito pudiera no exceder de la mera adaptación normativa, el hecho de contemplar de forma expresa un precepto referido a las consecuencias del cumplimiento del servicio militar permite inferir que en realidad esas normas no están vacías de contenido.

ejercicio de su derecho constitucional de defender a España, se vinculan temporal y voluntariamente con las Fuerzas Armadas por medio de un compromiso de disponibilidad para ser llamados a incorporarse a ellas, con el objeto de reforzar sus capacidades, cuando las circunstancias lo requieran, a fin de satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional y hacer frente a los compromisos adquiridos por España». Los reservistas voluntarios pueden estar en situación de disponibilidad o de activado. Es precisamente esta última situación, que tiene lugar cuando el reservista se incorpore «a las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa para prestar servicio en el puesto asignado o para desarrollar ejercicios de instrucción y adiestramiento o asistir a cursos de formación y perfeccionamiento», la que presenta especiales connotaciones, pues el trabajador, desde el momento en que es activado, adquiere la condición de militar y está sujeto al régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, incluidas las normas penales y disciplinarias militares¹⁷⁰.

Las consecuencias laborales y de Seguridad Social de esta situación de activado son las mismas se encomiende al reservista una misión dentro del territorio nacional o en el extranjero. El art. 27 del Reglamento de Acceso y Régimen de los Reservistas Voluntarios¹⁷¹ prevé, por un lado, la suspensión del contrato de trabajo, y, por otro, la permanencia en el Sistema en situación asimilada al alta en el Régimen en el que estuviera encuadrado. Por tanto, si el reservista debe incorporarse a un destino en el extranjero se reconoce otra excepción al principio de territorialidad. Ahora bien, la condición de militar supone de por sí el alta del reservista en el Régimen Especial de Funcionarios durante su situación de activado –siempre que no quede incluido en otro Régimen de Seguridad Social-¹⁷², con lo que el reservista, por la condición de trabajador con el contrato en suspenso o por la de militar (o por ambas a la vez), estaría comprendido en el ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social¹⁷³. Consideraciones análogas cabe hacer respecto de los reservistas obligatorios que se incorporen a las Fuerzas Armadas, por la equiparación con los reservistas voluntarios en situación de activado que efectúa el art. 183 Ley 17/1999.

¹⁷⁰ Art. 16 del Reglamento de Acceso y Régimen de los Reservistas Voluntarios.

¹⁷¹ Aprobado por RD 1691/2003.

¹⁷² DA 3ª Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

¹⁷³ IV.3.

7- La protección de los emigrantes españoles como ruptura plena de la territorialidad

El criterio territorial que impregna el Sistema de Seguridad Social cuenta con una notable excepción en su propia configuración interna, no vinculada al desempeño temporal de una actividad en el extranjero, sino al deber del Estado de proteger a los ciudadanos que han debido abandonar su territorio para buscar mejores oportunidades en otro país¹⁷⁴. Así lo recoge el propio art. 7 LGSS, en su apartado 4, al prever que «el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España de acuerdo con las características de los países de residencia». La protección de los emigrantes españoles se encuentra presente asimismo en la DA 1ª LGSS, que encomienda al Gobierno la adopción de las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social «se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo, y a los familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia»¹⁷⁵. En ausencia de convenio internacional que reconozca una igualdad de trato, la citada DA 1ª LGSS insta al Gobierno a extender los beneficios de la acción protectora del Sistema «tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en

¹⁷⁴ En ocasiones, más que la protección de emigrantes se produce una auténtica extensión del ámbito espacial de las normas de Seguridad Social para acoger a los nacionales residentes en territorios limítrofes. En este sentido, la Ley uruguaya 16.929 de 13 de abril de 1998 dispone en su art. 1 que «no pierden el derecho a la pensión a la vejez o invalidez los ciudadanos uruguayos que residan en la República Federativa del Brasil o en la República Argentina, a una distancia no mayor a los cinco kilómetros del límite fronterizo con el Uruguay». Con todo, la protección al emigrante puede estar orientada a facilitar el retorno al país de origen, pero no por parte de éste, sino del Estado al que el trabajador había originalmente emigrado y en el que ha desarrollado su vida activa. Así sucede en Holanda, donde la Ley de Retorno (*Remigratiewet*) concede una ayuda económica de pago único para los gastos del viaje y de la mudanza, así como para sufragar los gastos de los primeros dos meses tras el retorno, o bien, según los casos, una prestación mensual y una ayuda económica para concertar un seguro de enfermedad a los residentes en Holanda que vuelvan a su Estado de origen siempre que se cumpla alguna de estas condiciones: a) Que el solicitante, o uno de sus progenitores, tenga o haya tenido la nacionalidad de uno de los siguientes países: Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Croacia, Eslovenia, España, Grecia, Italia, Macedonia, Marruecos, Portugal, República Federal de Yugoslavia (Serbia/Montenegro), Surinam, Túnez, Turquía; b) Ser refugiado o tener derecho de asilo; c) Que el solicitante, o uno de sus progenitores, tenga la nacionalidad holandesa y haya nacido en Surinam; d) Que el solicitante, o uno de sus progenitores, figure o haya figurado inscrito en el registro de la Ley "*Wet Rietkerkuitkering*" por haber sido trasladados desde las Molucas a Holanda por el Gobierno holandés entre 1951 y 1952.

¹⁷⁵ A tenor del apartado 2 de la DA 1ª LGSS, «los accidentes que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los emigrantes en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención, tendrán la consideración de accidentes de trabajo», siempre que concurren las condiciones previstas en la Orden de 23 de diciembre de 1971 (modificada por una Orden de 30 de mayo de 1986). El art. 9 de esta norma ampara al emigrante cuando «no esté protegido contra el riesgo de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por el país de inmigración».

España»¹⁷⁶. Ambas son previsiones nítidamente conectadas con el art. 42 CE, a tenor del cual «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno»¹⁷⁷.

Sin perjuicio de nuevas plasmaciones futuras, el mayor exponente de esa línea de actuación es el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, que instituyó las pensiones asistenciales por ancianidad destinadas a emigrantes españoles. La medida trataba de paliar las consecuencias de la «situación socioeconómica por la que atraviesan las colectividades españolas en ultramar, especialmente en los países de Latinoamérica, y de las carencias en los sistemas públicos de protección social que motivan que un gran número de emigrantes ancianos no tengan recursos suficientes para atender sus necesidades básicas»¹⁷⁸. Su art. 2 –modificado por el RD 1612/2005, de 30 de diciembre– exige ser español de origen, emigrante, mayor de sesenta y cinco años en la fecha de la solicitud, residente legal en el extranjero, con insuficiencia de ingresos (definida en el art. 5 del propio RD 728/1993) y no pertenecer a institutos, comunidades, órdenes y organizaciones religiosas que, por sus reglas o estatutos, estén obligados a prestarles asistencia, entre otros requisitos.

Esas medidas vienen complementadas por otras, como las previstas en la Orden AEC 1036/2005, de 21 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas económicas para instituciones asistenciales que prestan ayuda a españoles en situación de necesidad en el extranjero¹⁷⁹; la Orden TAS/357/2005, de 14 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas asistenciales correspondientes a los programas de actuación a favor de los emigrantes españoles no residentes en España; o la Orden TAS/358/2005, de 14 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y subvenciones correspondientes a los programas de actuación a favor de los españoles emigrantes y retornados.

¹⁷⁶ Vid. S. OLARTE ENCABO, “Disposición Adicional 1ª”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1935 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, “Disposición Adicional 1ª”, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 1507 y ss.

¹⁷⁷ Vid. CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo sistema de seguridad social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, Madrid, 1983, pp. 135-136.

¹⁷⁸ Cfr. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España*, AL, nº 25, 2000, pág. 452.

¹⁷⁹ La relación de ayudas ha sido publicada en la Orden AEX/3495/2005, de 31 de octubre.

Entre esas medidas complementarias destaca asimismo, por su evidente simbolismo, la protección de los llamados “niños de la guerra”. La DA 55ª Ley 2/2004 encomendó al Gobierno la presentación ante las Cortes de un proyecto de ley para establecer un régimen de indemnizaciones y/o pensiones destinado a personas de origen español que, siendo menores de edad, fueron desplazados al territorio de la antigua URSS como consecuencia de la Guerra Civil Española y desarrollaron la mayor parte de su vida fuera de territorio español. El mandato se plasmó en la Ley 3/2005, de 18 de marzo, que reconoció una prestación económica de carácter extraordinario a los españoles desplazados durante su minoría de edad¹⁸⁰ al extranjero –y no sólo a la Unión Soviética- en el período comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1939, y que no retornaron de inmediato, sino que permanecieron largo tiempo en otro país. La medida se configura expresamente, art. 2.a), como un complemento de las pensiones asistenciales para emigrantes, ya que se exige que el residente en el extranjero sea beneficiario de una de esas ayudas, o al menos cumpla los requisitos para su percepción, aunque también pueden generar la prestación los residentes en España cuando sean beneficiarios de alguna pensión asistencial –como la no contributiva de jubilación- o del SOVI¹⁸¹.

No menos relevante es el RD 996/1986, de 25 de abril¹⁸², que ha sido modificado por el RD 1203/2003, de 19 de septiembre, y que en su origen se dirigía a paliar la deficiente cobertura de los mecanismos de previsión social del Estado de acogida, limitando la actuación del Sistema español a los supuestos de ausencia de convenio internacional o, vigente uno, a completar sus lagunas¹⁸³. Tras el RD 1203/2003 la formulación se amplió, pues los emigrantes españoles y sus hijos, también de nacionalidad española, podrán suscribir el convenio especial «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». La nacionalidad juega un papel decisivo en este punto, pues la residencia y trabajo en un Estado extranjero

¹⁸⁰ En realidad, antes de los veintitrés años, en atención al art. 2 Orden TAS/1967/2005, de 24 de junio, que desarrolla la Ley 3/2005.

¹⁸¹ Vid. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Análisis técnico de las prestaciones económicas reconocidas a españoles de origen desplazados al extranjero a causa de la Guerra Civil: Ley 3/2005, de 18 de marzo*, RL, nº 24, 2005, pp. 67 y ss.

¹⁸² Su desarrollo se encuentra en el art. 15 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

¹⁸³ Vid. A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003, pp. 124 y ss.

permiten, como excepción, el acceso al Sistema de Seguridad Social, pero únicamente a los españoles¹⁸⁴.

Pueden suscribir esta modalidad de convenio especial prevista en el RD 996/1986 los emigrantes españoles retornados y sus hijos, también de nacionalidad española, sea cual fuere el país en el que han desarrollado la correspondiente actividad profesional, si al retornar a España no se encuentran incluidos en ningún régimen del Sistema (art. 1 RD 996/1986). La finalidad, obviamente, dista de la anterior, por cuanto el propósito en este último caso consiste exclusivamente en facilitar la conservación de «los derechos en curso de adquisición en virtud de una carrera de seguro efectuada en el extranjero»¹⁸⁵. En ausencia de suscripción del convenio especial –y de realización de una actividad profesional- no procederá la incorporación al Sistema¹⁸⁶, salvo que el emigrante retornado tenga derecho a la prestación o al subsidio por desempleo¹⁸⁷, que darán lugar a una situación asimilada al alta¹⁸⁸.

Aunque por su naturaleza y finalidad son medidas cercanas a la Asistencia Social, es menester reseñar la Orden TAS 281/2004, de 4 de febrero, que prevé ayudas para ciertos colectivos de emigrantes españoles en determinadas circunstancias: emigrantes entre dieciocho y sesenta y cinco años en estado de necesidad, con incapacidad permanente absoluta, que residan legalmente en países de Iberoamérica o Marruecos; ayudas a la emigración o para facilitar el retorno mediante la cobertura de gastos extraordinarios; o la cobertura de gastos sanitarios para españoles en situación de necesidad que residan legalmente en un Estado extranjero que no les proporcione asistencia sanitaria.

Connotaciones muy particulares presentan los seglares, misioneros y cooperantes españoles que, sin mediar relación laboral, sean enviados al extranjero por la Conferencia Episcopal, diócesis, orden, congregación, institución religiosa, u organización no gubernamental de la que dependan. Este colectivo tiene «la

¹⁸⁴ La incorporación voluntaria de los «expatriados» al sistema de Seguridad Social también se prevé en otros ordenamientos, como el francés o el belga; vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pág. 14; J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 473-475; D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 44. Sobre el funcionamiento de la *Caisse des français de l'étranger* y ofreciendo cifras sobre su el número de personas protegidas y la efectividad de la protección, vid. AA.VV., *La Sécurité Sociale des expatriés*, Questions de Sécurité Sociale, n° 558, 2000, pp. 9 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 295.

¹⁸⁶ Vid. STSJ de Canarias/Las Palmas de 19-9-2003 (AS 4159).

¹⁸⁷ Arts. 208.1.5) y 215.1.1.c) LGSS.

¹⁸⁸ VII.7.

consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial», a tenor del art. 15.1.3 Orden TAS/2865/2003, añadido por la Orden TAS/819/2004. De no suscribir este convenio especial quedarían completamente excluidos del Sistema¹⁸⁹, pues ante la ausencia de relación laboral no pueden acogerse al régimen jurídico del desplazamiento de trabajadores¹⁹⁰.

Estas restricciones por razón de nacionalidad no implican una discriminación prohibida respecto de los extranjeros, en la medida que la protección de los emigrantes españoles es una obligación del Estado impuesta constitucionalmente. En cierto modo, el Estado considera que la emigración no es en sí misma un acto voluntario, sino un sacrificio exigido por la dificultad de obtener en el propio país los recursos necesarios en orden a la subsistencia. El Estado asume, así pues, su responsabilidad por no haber podido proporcionar los medios suficientes para generar esos recursos, y a través de actuaciones asistenciales pretende resarcir a quien ha debido abandonar su hogar, y eventualmente su familia, en busca de mejores oportunidades.

8- La libertad de circulación y el criterio de territorialidad: el alcance de la totalización de períodos de residencia

La libre circulación de trabajadores, y la igualdad de trato que en ella va implícita, requieren para su plena eficacia la adopción de medidas instrumentales que faciliten la movilidad del trabajador migrante. Una de ellas, quizás la más importante en el ámbito de la Seguridad Social, es la totalización de períodos de cotización o residencia, que opera tanto en las prestaciones contributivas como en las no contributivas. La totalización provoca una ficción de territorialidad, aunque en el plano de la acción protectora y no del campo de aplicación, ya que el Estado competente debe actuar como si todos los períodos de cotización o residencia acreditados por el solicitante en cualquiera de los Estados Miembros hubieran sido cubiertos bajo su propia legislación en orden al reconocimiento del derecho a prestaciones. Sobre estas

¹⁸⁹ Vid. Resolución de la DGOJECSS de 1 de junio de 1994, publicada en Tribuna Social, nº 48, 1994, pp. 85-86.

¹⁹⁰ Mediante convenio especial pueden causar derecho a la asistencia sanitaria los emigrantes que retornen a España (art. 16 Orden TAS/2865/2003), incluso cuando se trate de una estancia temporal (art. 16.2.2 de la Orden TAS/2865/2003, con el precedente de la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 20 de agosto de 1986). Pueden suscribir asimismo un convenio especial para asistencia sanitaria los emigrantes españoles que desarrollen una actividad por cuenta propia en el exterior «en los supuestos de estancia de estos trabajadores y sus familiares en el territorio español o de residencia de los últimos en el referido territorio» (art. 1 RD 1564/1998, de 17 de julio).

bases, no se suprime el criterio de territorialidad, pero se utiliza un marco de referencia más amplio: deben tomarse en consideración todos los períodos de residencia acreditados en un Estado obligado por los Reglamentos comunitarios, e incluso también en Turquía en virtud del art. 28.2 del Convenio Europeo de Seguridad Social (Malta y Chipre gozan de libre circulación desde el 1 de mayo de 2004)¹⁹¹.

La totalización puede beneficiar a todo el que se encuentre en el ámbito de aplicación de las normas de coordinación comunitarias, con independencia de la nacionalidad del solicitante y de la condición de trabajador migrante o de miembro de su familia. Respecto de los nacionales de Terceros Estados, pueden reivindicar la aplicación de los Reglamentos de coordinación a partir del Reglamento 859/2003, y, de este modo, disfrutar de la totalización de períodos de residencia que acrediten en cualquiera de los Estados Miembros. Por el contrario, la influencia del criterio territorial supone la exclusión del cómputo de los períodos de residencia en países no comprendidos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos (o de un convenio internacional en su caso).

En cuanto a los familiares del trabajador migrante, no resulta operativa la distinción entre derechos propios y derechos derivados que consagró el TJCE. Conforme al criterio tradicional, los miembros de la familia de un trabajador tan sólo pueden reclamar, con base en las normas de coordinación comunitarias, derechos derivados, generados por su condición de familiar de un trabajador; sería el trabajador quien goza de un derecho propio a prestaciones¹⁹². La STJCE Cabanis¹⁹³ propició un cambio de orientación, al defender que los familiares únicamente quedan excluidos de las ventajas que los Reglamentos de coordinación conceden a los trabajadores migrantes en su condición de tales, pero no de aquéllas derivadas de la condición de sujeto comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento que ostenta el propio familiar¹⁹⁴.

La distinción entre derechos propios del trabajador y derechos derivados de los miembros de su familia sólo es pertinente cuando un miembro de la familia invoca

¹⁹¹ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pág. 90; J.A. MALDONADO MOLINA, "Sujetos beneficiarios", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 228.

¹⁹² Vid. STJCE Kermaschek (de 23-11-1976, asunto 40/76).

¹⁹³ De 30-4-1996, asunto C-308/93.

¹⁹⁴ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El impacto de la Sentencia "Cabanis" sobre la protección dispensada por el Derecho Comunitario a los familiares del trabajador migrante*, TL, nº 45, 1997, pp. 167 y ss.

disposiciones del Reglamento comunitario aplicables exclusivamente a los trabajadores y no a los miembros de su familia¹⁹⁵ (desempleo, por ejemplo, frente a prestaciones familiares)¹⁹⁶. Por consiguiente, las pensiones no contributivas, que prescinden del concepto de trabajador, pueden ser solicitadas por los familiares del trabajador migrante como derecho propio, y accederán a ellas en su condición de residentes siempre que acrediten los demás requisitos; y eventualmente podrían beneficiarse de la totalización de períodos de residencia, pues ni el art. 10 bis del Reglamento 1408/71, ni el art. 6 del Reglamento 883/2004, restringen tal previsión a los trabajadores, no es un derecho propio de éstos¹⁹⁷.

La lógica que justifica la totalización de períodos de cotización no concurre cuando se pretende totalizar períodos de carencia a efectos de prestaciones asistenciales. En el ámbito contributivo, las cotizaciones del trabajador podrían generar un derecho a prestación en el primer Estado, de modo que si no fueran tenidas en cuenta por el Estado receptor las trabas a la libre circulación resultarían manifiestas. Sin embargo, los períodos de residencia tienen una significación diferente, en tanto que por el mero hecho de residir no se acumulan méritos para el acceso a una prestación no contributiva; no hay derecho en curso de adquisición que necesite ser conservado —pues es factible que ese primer Estado ni siquiera cuente con prestaciones no contributivas—, y no se aprecia riesgo alguno para la libre circulación.

La totalización de períodos de residencia, aunque beneficiosa para el trabajador migrante, no congenia bien con el espíritu y finalidad de las prestaciones no contributivas si no se introducen las necesarias cautelas. Los períodos de residencia en otros Estados Miembros han de tenerse en cuenta, pues así deriva de un mandato expreso del Reglamento comunitario; pero han de valorarse «en la medida necesaria», por lo que la totalización de los períodos de residencia no debería automatizarse. La ampliación indiscriminada de su ámbito subjetivo, aunque quizá pudiera sustentarse en la libre circulación¹⁹⁸, y es dudoso, podría dar lugar a consecuencias no deseadas, como

¹⁹⁵ Vid. STJCE Hoever y Zachow (de 10-10-1996, asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94).

¹⁹⁶ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

¹⁹⁷ De opinión contraria es C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pág. 266.

¹⁹⁸ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La configuración jurídica de las pensiones españolas en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/1971*, RL, nº 18, 1995, pp. 76 y ss.

el aumento de la «inmigración menesterosa»¹⁹⁹ -que se trata de restringir mediante la denegación de la residencia a ciertos colectivos que pueden constituir una carga para el Estado receptor²⁰⁰-, más atractiva aun si llegara a admitirse exportación de tales prestaciones²⁰¹; el hipotético incremento incontrolado -por imprevisible en términos cuantitativos- del número de beneficiarios repercutiría de forma notable, y negativa, sobre la estabilidad económica del Sistema.

La percepción de una pensión no contributiva de jubilación o invalidez, pues para las prestaciones familiares no se ha establecido un período de carencia²⁰², debería supeditarse a que el solicitante hubiera acreditado un período mínimo de residencia en España de al menos un año, en virtud del art. 48 Reglamento 1408/71 y, en su caso, del 31 del Convenio Europeo de Seguridad Social. Aunque esta exigencia resulta razonable, tal previsión, por su ubicación sistemática, no es aplicable a las prestaciones especiales de carácter no contributivo²⁰³. La situación no cambiará con la entrada en vigor del Reglamento 883/2004, ya que su art. 70.3 deja claro que el resto de Capítulos del Título III, y en ellos se encuentra el art. 57 -equivalente al art. 48 Reglamento 1408/71-, no son de aplicación a las prestaciones especiales no contributivas.

De conformidad con ello, ni siquiera sería necesario residir en España durante un año, pudiendo cubrirse el período de carencia mediante la acreditación de la residencia en otro Estado Miembro. En cualquier caso, la Seguridad Social española sólo vendría obligada a reconocer los períodos de residencia en un Estado Miembro diferente de aquél del que el solicitante es nacional. Si el solicitante ostenta la nacionalidad de un Tercer Estado esa interpretación es obvia, pero en el supuesto de ciudadanos comunitarios podría suscitar más dudas. En principio, las normas de coordinación tienen como objetivo principal remover las trabas a la libre circulación; y no parece que la mayor o menor generosidad de la protección asistencial de un sistema de Seguridad

¹⁹⁹ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 75.

²⁰⁰ Vid. Directiva 90/364/CEE, relativa al Derecho de residencia, Directiva 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y Directiva 93/96/CEE, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

²⁰¹ Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, *El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, Swaddling, AL*, nº 6, 2000, pp. 483-485.

²⁰² Algunos Estados se reservan la posibilidad de establecer períodos de carencia para el acceso de los extranjeros a las prestaciones familiares, períodos que no exigen a los nacionales, con el evidente propósito de evitar migraciones meramente prestacionales; en este sentido, vid. art. 65 Ley portuguesa 32/2002, de 20 de diciembre, de Bases de Seguridad Social.

Social constituya una restricción injustificada al desplazamiento. La libre circulación no está en juego cuando un nacional comunitario nunca ha abandonado su Estado de origen, sino que se requiere un desplazamiento transnacional, momento en el que los mecanismos de coordinación se justifican plenamente. Ahora bien, el elemento de internacionalidad requerido para la aplicación de la normativa comunitaria, que se satisface con un solo desplazamiento transnacional para la totalización de períodos de seguro, exige al menos dos desplazamientos para que la totalización de períodos de residencia cobre sentido en las prestaciones no contributivas.

En consecuencia, habría que denegar la solicitud de pensión no contributiva de un ciudadano comunitario que no pueda acreditar los cinco o diez años de residencia, según el caso, en uno o varios Estados a los que se aplican los Reglamentos comunitarios, Estados que han de ser diferentes de aquél del que el solicitante es nacional, para no desnaturalizar el objeto y finalidad de esas normas de coordinación. De lo contrario, con los períodos de residencia en su país de origen, sin haberlo abandonado en ningún momento, el ciudadano comunitario cumpliría sin dificultad el período de carencia. Precisamente por ello, la filosofía, propósito e incluso la forma de financiación de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación obligan a variar la perspectiva de aproximación, en el sentido de exigir el cumplimiento íntegro, sin totalización posible, de la carencia específica, de modo que el solicitante deba acreditar un mínimo de residencia en España en el período inmediatamente anterior a la solicitud —dos años—²⁰⁴, para que se justifique así la intervención del Sistema²⁰⁵.

El TJCE ha adoptado una solución más generosa, como demuestra la STJCE Swaddling²⁰⁶, que analizó la compatibilidad con el Derecho Comunitario del requisito de “residencia habitual” imprescindible para acceder a una prestación de ingresos mínimos en Gran Bretaña. El solicitante era un emigrante retornado que apenas contaba con unas semanas de residencia en ese país, lo que motivó la denegación de la ayuda, con base en que el concepto de «residencia habitual» presupone un período previo y prolongado de residencia. El TJCE declaró que los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social «se oponen a que, en el caso de que una persona haya ejercido su derecho a la libre circulación para establecerse en otro Estado Miembro en el que haya

²⁰³ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pp. 267-268.

²⁰⁴ Art. 144.1.b) y 167.1 LGSS.

²⁰⁵ Vid. B. ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 181-184.

trabajado y fijado su residencia habitual, y haya regresado al Estado Miembro de origen en el que reside su familia para buscar trabajo, este último Estado imponga, para conceder una prestación [no contributiva], un requisito de residencia habitual que, además de la intención de residir en su territorio, implique la existencia de un período considerable de residencia».

A raíz de este pronunciamiento, podría cuestionarse si la exigencia de períodos de residencia previos para generar una prestación no contributiva es contraria al Derecho Comunitario. La respuesta debiera ser negativa. La fijación de los requisitos para acceder a las prestaciones de Seguridad Social es una competencia exclusiva de cada Estado, únicamente limitada por el principio de no discriminación para los trabajadores comunitarios²⁰⁷. El propio art. 10 bis del Reglamento asume esa situación, aunque para minorar sus efectos negativos sobre la libre circulación admite la totalización de los períodos de residencia acreditados en otros Estados Miembros; pero en ningún momento pone en entredicho la compatibilidad del período carencial con el Derecho Comunitario.

El supuesto conocido por la sentencia *Swaddling* presenta matices específicos, y pudo resultar decisivo que la legislación británica no estableciese un plazo de residencia concreto²⁰⁸. Un concepto jurídico indeterminado como la «residencia habitual» genera incertidumbre en el ámbito comunitario, ya que deja en manos de las autoridades de un Estado la especificación precisa de cuándo ha de entenderse cumplido el requisito de residencia; y esa inseguridad jurídica puede vulnerar el derecho a la libre circulación. Se podría pensar, por consiguiente, que la solución habría diferido si en lugar de una indeterminada «residencia habitual» la legislación británica hubiera fijado un período de carencia perfectamente delimitado que se ajustase a los cánones de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad.

Sin embargo, la STJCE *Comisión v. Luxemburgo*²⁰⁹ consideró que se producía una «discriminación contra los nacionales de los demás Estados Miembros al supeditar el pago de una asignación por nacimiento de hijos y de un subsidio por maternidad, de carácter no contributivo, a requisitos de residencia previa en su territorio, puesto que sus propios nacionales cumplen más fácilmente dichos requisitos». Como señala el propio

²⁰⁶ De 25-2-1999, asunto C-90/1997.

²⁰⁷ Vid. SSTJCE *Snares* (de 4-11-1997, asunto C-20/96) y *Collins* (de 23-3-2004, asunto C-138/02).

²⁰⁸ Vid. T.K. HERVEY, "Social Security: the European Union Dimension", en N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 241 y ss.

²⁰⁹ De 10-3-1993, asunto C-111/91.

TJCE, ese subsidio por maternidad «se abona a toda mujer embarazada y a toda mujer que haya dado a luz, a condición de que haya tenido su domicilio legal en el Gran Ducado durante todo el año anterior a la fecha en que se cause el derecho, o que su marido haya tenido su domicilio legal en el Gran Ducado durante los tres años anteriores a la fecha antes citada». Se trataba, por consiguiente, de una auténtica prestación no contributiva, en la que la residencia se erigía como el principal obstáculo. El TJCE entendió que ese período previo de residencia provocaba una desigualdad de trato injustificada, aun cuando el período de residencia exigido estaba determinado, no resultaba excesivo y era menester además que la embarazada se sometiera a una serie de reconocimientos médicos en Luxemburgo.

Nuevamente el TJCE pone en duda, implícitamente, la compatibilidad entre el Derecho Comunitario y los períodos de carencia en las prestaciones no contributivas. El principio *pro operario* está presente a menudo en la jurisprudencia del TJCE, quizás porque «la lucha por los derechos sociales [...] tiende a cambiar de escenario: de la lucha política socialmente condicionada y legitimada a la lógica del mercado y del intercambio»²¹⁰. Este tipo de decisiones resultan difíciles de conciliar en el ámbito interno, y provocan desajustes en la configuración jurídica de un sistema de Seguridad Social. No cabe olvidar, como afirmaba la STC 134/1987, que las soluciones en materia de Seguridad Social no pueden atender «a cada pensión singular, sino que deben tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales». La interpretación literal en materia de Seguridad Social no siempre resulta la más adecuada, pues es necesario valorar las repercusiones que producirá. Como advierten las SSTC 184/1993 y 197/2003, el «Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del Sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable».

Esa toma de posición debería ser compartida también por el Derecho Comunitario en general, y por el TJCE en particular²¹¹; la eliminación de determinados requisitos de acceso a prestaciones provoca un aumento, en ocasiones artificial, del

²¹⁰ Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, *Algunas reflexiones sobre la ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social*, Relaciones Laborales, nº 5, 1998, pág. 34.

²¹¹ Vid. A. OJEDA AVILÉS, *El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines, medios*, REDT, nº 107, 2001, pp. 680-681.

número de beneficiarios potenciales de una prestación. Si esa supresión, además, se decide desde instancias supranacionales resulta más complicado determinar si se ha efectuado una adecuada valoración de las consecuencias que podrían generarse. Asimismo, es menester extremar las cautelas cuando la ampliación subjetiva puede dar lugar a la apertura de vías defraudatorias, o, al menos, a conductas difícilmente compatibles con los principios tradicionales sobre los que se han asentado tanto los sistemas de Seguridad Social como el propio Derecho Comunitario. No cabe olvidar, a la postre, que el TJCE en estas decisiones no está efectuando una labor de coordinación de legislaciones, sino que adopta una posición legislativa²¹², determinando el alcance del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de un Estado Miembro y suprimiendo en la práctica, por minimizarlo al máximo, un requisito expreso como es el de residencia²¹³.

El propio TJCE, en las SSTJCE Coonan²¹⁴ y Rijke-Van Gent²¹⁵, afirmó que «corresponde a la legislación de cada Estado Miembro determinar las condiciones del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social o a tal o cual rama de dicho régimen, con tal que no se haga, a este respecto, ninguna discriminación entre los nacionales propios y los nacionales de los demás Estados Miembros», lo que previamente había sido adelantado por la STJCE Brunori²¹⁶. La exigencia de un período de residencia en materia de prestaciones no contributivas ha de calificarse, en principio, como perfectamente razonable y proporcionada, en la medida que la solidaridad que fundamenta tales prestaciones puede condicionarse a la acreditación de un cierto arraigo por parte del solicitante. Es claro, como ha declarado el TJCE, que «no se garantizaría la libre circulación de trabajadores si, por el hecho de ejercitar tal libertad, perdiesen los

²¹² La influencia de la jurisprudencia comunitaria es decisiva, si bien ese cauce se presenta como «mucho más discreto, mucho menos visible, mucho más a ras de tierra; incluso, a veces, subterráneo», pero se constituye en una «fuente de regulación o una fuente de expresión del derecho [...] de flujo continuo, y por consiguiente, activada en todo momento»; vid. A. MARTÍN VALVERDE, «Derecho Social Comunitario y legislación laboral española», en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, pág. 109. Esa actuación, que desborda la función primigenia del TJCE, ha generado críticas desde algunos Estados por las repercusiones económicas que generan ciertos «fallos jurisdiccionales que sobrecogen y amedrentan a las Administraciones nacionales»; cfr. C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, «La incidencia en España de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la aplicación del Reglamento CEE 1408/71», en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 86-89 y 105.

²¹³ Por consiguiente, la jurisprudencia del TJCE ha provocado que los Reglamentos comunitarios, en algunos aspectos, excedan de la mera coordinación y operen una cierta armonización; vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, pág. 45.

²¹⁴ De 24-4-1980, asunto C-110/79).

²¹⁵ De 24-9-1987, asunto C- 43/86).

derechos de Seguridad Social adquiridos en los países en los que han trabajado»²¹⁷; pero la institución de los derechos adquiridos distorsiona profundamente la propia naturaleza de las prestaciones no contributivas, que no se adquieren por el paso del tiempo, sino que se justifican en atención a un estado de necesidad.

La opción comunitaria, aun siendo la más protectora para el trabajador, incurre en cierta desmesura. La totalización de períodos de residencia, que supone a la postre la supresión del requisito de residencia previa en el Estado donde se efectúa la solicitud, consigue que el migrante acabe constituyendo una carga para el sistema de Seguridad Social del Estado receptor, situación que siempre ha tratado de evitar el Derecho Comunitario y que podría redundar incluso en perjuicio general: comoquiera que la totalización de períodos de residencia no conlleva el prorrateo en este caso, no extrañaría un progresivo aumento de las retenciones estatales en orden al establecimiento de prestaciones asistenciales, por el riesgo que podría suponer para su economía un incremento importante e imprevisto de beneficiarios.

En este contexto, la totalización de períodos de residencia, sin las oportunas modulaciones, no se adecua bien al régimen jurídico de las pensiones no contributivas españolas de jubilación e invalidez, ni, por supuesto, a los sistemas que han apostado por la universalidad sobre la base de prestaciones supeditadas al estado de necesidad²¹⁸. Una solución particular, pero más lógica, adoptó el Convenio Europeo de Seguridad Social, del que en la actualidad pueden beneficiarse los nacionales turcos, como se dijo²¹⁹. A partir del art. 8 de ese Convenio es suficiente para generar una pensión no

²¹⁶ De 12-7-1979, asunto C-266/78).

²¹⁷ Por todas, cfr. STJCE Hagenbeek (de 13-7-1966, asunto 4/66).

²¹⁸ En Finlandia, por ejemplo, se puede generar una pensión de jubilación por y en función del tiempo trabajado (*earnings-related pension scheme*), pero se ha configurado también una prestación universal por insuficiencia de recursos con posterioridad a los sesenta y cinco años (*national pension scheme*), que exige a los finlandeses tres años de residencia entre los dieciséis y el momento del hecho causante, y a los extranjeros la residencia continuada durante los cinco años anteriores a la solicitud de la pensión. Probablemente puede discutirse la conformidad con el Derecho Comunitario de la superior duración del período de residencia para extranjeros, pero la necesidad de que dicha residencia sea inmediatamente anterior y que se cumpla en Finlandia, y no mediante totalización, parece perfectamente razonable; vid. H. NIEMELÄ y K. SALMINEN, *Social Security in Finland*, estudio que puede consultarse en: [http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/\\$File/Social%20security%20in%20Finland.pdf?openElement](http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/$File/Social%20security%20in%20Finland.pdf?openElement). La misma situación acontece en Dinamarca, donde la *Consolidation Act on Social Pensions* de 28 de enero de 2004 concede el derecho a pensión de jubilación a las personas «*who have been permanently resident in Denmark for a period of not less than ten years between the ages of fifteen and sixty five, of which not less than five years immediately prior to the date on which the pension is first payable*» (art. 2); vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 95-98 y 147-148. Respecto del sistema sueco, vid. P.G. EDEBALK y A. ELMÉR, «*Social insurance in Sweden*», en L. SÖDERSTRÖM (Ed.), *Social insurance*, Elsevier Science Publishers, 1983, pp. 53 y ss.

²¹⁹ V.3.

contributiva que el solicitante acredite un año de residencia en España y el resto en otro Estado parte. La cuantía de la pensión no asciende al 100 por 100, sino que el Sistema español la abona en proporción al número de años de residencia en España²²⁰.

²²⁰ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, RMTAS, nº 2, 1997, pág. 110; G. PERRIN, "Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 38 y ss.

CAPÍTULO VI- LA DECADENCIA DE UN CRITERIO CLÁSICO: LA NACIONALIDAD

A diferencia de la profesionalidad, la territorialidad y el estado de necesidad, la nacionalidad no se ha configurado como un criterio de incorporación al campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, sino, al contrario, como una causa de exclusión para quien cumplía las condiciones de ingreso en el Sistema. La protección social se dirigía en principio a los ciudadanos, y de una u otra forma los extranjeros debían superar una serie de barreras tanto para prestar servicios en España como para disfrutar de los beneficios de la Seguridad Social. Sin embargo, recientes reformas en materia de extranjería, de finales del siglo XX y comienzos del XXI, han propiciado una equiparación real, a partir de un presupuesto previo, como es la obtención de las autorizaciones para residir, y en su caso trabajar, en España. La situación de los extranjeros irregulares respecto de la Seguridad Social, resuelta jurisprudencialmente hasta el año 2000 con la exclusión del Sistema a consecuencia de la nulidad del contrato de trabajo, se mueve en la actualidad en un terreno de notables incertidumbres provocadas por la oscuridad y ambigüedad de la LOE en algunos pasajes.

1- El carácter preferentemente nacional de los sistemas de previsión social

La protección contra riesgos sociales de los trabajadores extranjeros ha transitado por varias etapas a lo largo de la historia. Los sistemas de previsión social nacieron para los trabajadores de los Estados en vías de industrialización; pero en verdad los destinatarios eran los trabajadores nacionales de ese Estado. La nacionalidad, por supuesto, era un criterio implícito, casi inherente, que no se plasmó en los primeros seguros sociales porque la práctica totalidad de los trabajadores cumplían esa condición. Los flujos migratorios, al menos en masa, no constituían entonces una preocupación para los poderes públicos. Más bien al contrario: las Revoluciones Industriales exigían la llegada de mano de obra a las ciudades, y escasos reparos se manifestaban a que el origen de los trabajadores fuera el campo, por el éxodo rural, o un país extranjero. No obstante, es posible apreciar, ya en esas primeras etapas, modulaciones entre los derechos y obligaciones de los habitantes del lugar y los de quienes allí acudían, e incluso entre los propios extranjeros en función de su procedencia, lo que daba lugar a

una pluralidad de estatutos jurídicos para los extranjeros, con las correspondientes desigualdades¹.

En materia de previsión social, sin embargo, las genéricas referencias al trabajador debían suponer, al menos formalmente, la completa equiparación del trabajador extranjero al español. Probablemente no fuera ésa la intención del legislador, o quizás no se había planteado dicha circunstancia, pero ni la Ley de Accidentes de Trabajo ni el Retiro Obrero efectuaban restricciones por razón de nacionalidad. Su ámbito subjetivo resultaba delimitado por otras circunstancias, como la prestación de determinados servicios o la escasez de recursos.

El contexto socioeconómico, con la cuestión social en su punto álgido, provocó el nacimiento de la previsión social como contrapartida o compensación por las condiciones de vida y trabajo del proletariado. Esa nueva clase social estaba formada por los trabajadores industriales, y la nacionalidad no era un factor determinante. Los extranjeros no representaban un colectivo estadísticamente significativo, lo que explica que la legislación social no contuviese inicialmente previsiones destinadas a ellos. La razón de la indiferencia, por tanto, no se basaba en la generalidad y abstracción propia de las normas jurídicas, sino en la ausencia de razones para proceder a una distinción que en aquel momento no resultaba necesaria. Las normas jurídicas, con mucha frecuencia, se dirigen a ofrecer soluciones concretas a problemas puntuales, lo que explica sus lagunas ante acontecimientos sobrevenidos, que por imprevistos no reciben adecuada respuesta en la norma preexistente.

La igualdad de trato por interpretación *contrario sensu* ya no sería necesaria en el Seguro de Maternidad, instaurado por un Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929. Este seguro social demostró, a pesar de las reticencias iniciales, que la condición de extranjero no suponía obstáculo para la incorporación a las primeras medidas de previsión social. El art. 2 de esa norma declaraba amparadas por dicho seguro a «todas las obreras y empleadas que estén inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, cualesquiera que sean su edad, nacionalidad y estado civil».

El Seguro de Maternidad, probablemente, constituye simultáneamente un hito y un punto de inflexión. Un hito porque culmina una etapa histórica al reconocer expresamente la equiparación entre españoles y extranjeros; aunque de algún modo implícita en la legislación de accidentes de trabajo y en el Retiro Obrero, esa

¹ Vid. J. GILISSEN, “*Le statut des étrangers, à la lumière de l’histoire comparative*”, en AA.VV., *L’étranger (Première partie)*, Decian et Tolra, París, 1984, pp. 17 y ss.

equiparación podría valorarse como una deficiencia en la redacción de estas normas y no como plasmación de la auténtica voluntad del legislador. Sin embargo, el reconocimiento de la igualdad de trato supone un punto de inflexión, porque la nacionalidad adquirió singular relevancia en el acceso a la previsión social precisamente desde ese momento, la tercera década del siglo XX. El ordenamiento español ya conocía medidas relativas a la emigración –con propósito restrictivo o al menos de control-², pero la crisis económica y el aumento del desempleo justificaron el establecimiento de obstáculos a la inmigración, que se plasmaron en el Real Decreto de 16 de enero de 1931³, cuya vigencia, no obstante, quedó en suspenso tras el Real Decreto de 13 de marzo de 1931⁴.

Esa suspensión no debe esconder la nueva orientación política respecto del trabajo de extranjeros, tendencias que se vieron plenamente confirmadas con el Decreto de 8 de septiembre de 1932⁵ y su reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto de 29 de agosto de 1935⁶, herederos del Real Decreto de 1931. Las limitaciones impuestas eran similares, y consistían en la exigencia de autorizaciones administrativas para poder desempeñar lícitamente una actividad en España, medidas que atendían «más que a una severa restricción de la mano de obra extranjera, a la obligada protección que el Poder Público debe prestar al trabajo nacional»⁷.

De ese modo, y a tenor del art. 3 del Decreto de 8 de septiembre de 1932, el trabajador extranjero debía obtener una «autorización especial» del Ministerio de Trabajo para ejercer una actividad, su contrato de trabajo debía estar «visado por los Jurados Mixtos correspondientes» y también era imprescindible una «carta de identidad profesional», que «se considerará como el título de legítima residencia en España». El fenómeno inmigratorio se juzgó como una amenaza, y la situación de los trabajadores extranjeros comenzó a diferenciarse nítidamente de la de sus homólogos españoles en todos los ámbitos, inclusive en el de la previsión social, donde la reciprocidad ocuparía un lugar de privilegio⁸.

² La Real Orden de 16 de septiembre de 1853 (Gaceta del 22) se ocupaba de la reglamentación de la emigración a las colonias españolas y a los Estados de América, y posteriormente se aprobaría la Ley de Emigración, de 21 de diciembre de 1907 (Gaceta de 22 de diciembre).

³ Gaceta del 17.

⁴ Gaceta del 14.

⁵ Gaceta del 10.

⁶ Gaceta del 31.

⁷ Vid. Preámbulo del Decreto de 19 de agosto de 1935.

2- La igualdad de trato a través del criterio de reciprocidad

Las autorizaciones administrativas para residir y trabajar constituyeron un primer obstáculo para el desempeño de una actividad en España de forma regular y, por consiguiente, para el acceso a los mecanismos de previsión social. Pero la obtención de esas autorizaciones no garantizaba una incorporación efectiva a los seguros sociales primero, y al Sistema de Seguridad Social después. El lícito ejercicio de una actividad profesional se estimó por sí solo insuficiente para que los extranjeros pudieran disfrutar de la previsión social, porque los seguros sociales habían nacido con la clara vocación de proteger a los trabajadores nacionales. El derecho internacional había redefinido el principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad, dando lugar a la denominada reciprocidad⁹. El legislador español, imbuido de esas orientaciones, no excluyó automáticamente a los extranjeros del Sistema de Seguridad Social, sino que apostó por una valoración caso por caso en función de las consecuencias que pudieran extraerse de la comprobación de la reciprocidad.

La reciprocidad supone una igualdad de trato, en positivo o en negativo, de modo que si el Estado del que es nacional el extranjero impide el acceso de los españoles a los instrumentos de protección social, esos extranjeros no podrán gozar de los beneficios del Sistema español; por el contrario, si el Sistema de ese otro Estado permite la incorporación de los españoles, pero restringe el derecho a determinadas prestaciones, de ellas estará también excluido el extranjero en el Sistema español; por último, si el Estado del extranjero reconoce la plena equiparación, en idéntica situación se encontrará ese extranjero en España. En consecuencia, la reciprocidad constituye una manifestación de la igualdad de trato, pero los términos de comparación no son personas sometidas a un mismo ordenamiento, sino el estatuto jurídico que prevén ordenamientos diferentes para personas en situación equiparable.

La reciprocidad, que producía un trato igual o desigual por efecto reflejo, perjudicaba al extranjero no ya porque potencialmente pudiera recibir menor protección, sino porque *de facto* veía reducidos sensiblemente sus derechos; a la postre, las migraciones laborales presuponen una situación socioeconómica delicada en el Estado de origen y el desarrollo de un sistema de Seguridad Social se encuentra íntimamente

⁸ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *El trabajador extranjero en el Derecho Laboral de España*, Cuadernos de Política Social, nº 38, 1958, pp. 39 y ss.

⁹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1137.

ligado a las disponibilidades presupuestarias. Las deficiencias de los instrumentos públicos de protección social de su país de origen acompañaban al extranjero, limitando correlativamente la intensidad de la cobertura que le habría de dispensar el Sistema español. En puridad, la reciprocidad es más bien un criterio delimitador de la intensidad de la acción protectora, y no de configuración del ámbito subjetivo del Sistema, en cuya virtud el extranjero se encontraría formalmente incluido en el campo de aplicación, pero sólo podría causar las prestaciones que su ordenamiento reconozca a los españoles, propiciando con ello incorporaciones potencialmente vacías de contenido.

La consolidación de ese criterio en las normas de previsión social fue paulatina, y el punto de partida puede situarse en el Decreto de 25 de mayo de 1931¹⁰, mediante el que se establecían las bases para la instauración de un seguro de paro forzoso. En su Base Décima¹¹, esa norma disponía que «tratándose de obreros extranjeros, la previsión contra el paro, en cuanto a los beneficios del subsidio que otorga la Caja Nacional, estará sujeta al principio de reciprocidad». No obstante, «si los extranjeros fueren ciudadanos de Andorra, de Portugal, de las Repúblicas hispano-americanas o del Brasil, la reciprocidad se supone siempre»¹¹. Aunque ese Decreto nunca tuvo aplicación práctica, pues el aseguramiento contra el desempleo se demoró en España hasta la década de los sesenta, constituye la primera incursión del criterio de reciprocidad en la legislación de previsión social.

A partir de ese momento todos los seguros sociales, e incluso el propio Sistema de Seguridad Social hasta 2000, condicionarían los derechos de Seguridad Social de los extranjeros a esa circunstancia. Ciertamente es que la reciprocidad quedaba atenuada respecto de las contingencias de origen profesional, pero no resultaba completamente marginada, y gozaba de cierto margen de actuación. De este modo, el art. 5 del Decreto de 8 de octubre de 1932, por el que se aprobó el Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo en la Industria, declaró comprendidos en la protección dispensada por esa norma a los operarios extranjeros y a sus derechohabientes siempre que residiesen en territorio español al ocurrir el accidente. El criterio de reciprocidad, que no afectaba al trabajador

¹⁰ Gaceta del 27.

¹¹ En el mismo sentido se expresaba el art. 21 del Decreto de 30 de septiembre de 1931 (Gaceta 2 de octubre), por el que se aprobó el Reglamento de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso.

extranjero, sí alcanzaba a los derechohabientes que residiesen en el extranjero en el momento del accidente¹².

En cambio, la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936 –nunca desarrollada– señalaba, en su Base XIII, que «a los obreros extranjeros les será aplicado el principio de reciprocidad en cuanto a los beneficios concedidos en esta Ley», si bien establecía que «después de tres años de residencia sin interrupción en España, el obrero extranjero disfrutará de las ventajas de esta Ley lo mismo que el nacional». Tras la efectiva implantación del Seguro de Enfermedades Profesionales en 1947, la protección contra contingencias profesionales comprendía «desde luego, a todo trabajador extranjero»¹³.

Los posteriores seguros sociales elevarían la reciprocidad a criterio básico de dispensación de la acción protectora, aunque con diferencias según nacionalidades. A partir del Régimen de Subsidios Familiares -1938- todos los seguros sociales, y también el Mutualismo Laboral, supeditarían el goce de los beneficios de previsión social a la previa acreditación de la reciprocidad, a salvo de los trabajadores de «estirpes de la raza ibérica»¹⁴, entendiéndose por tales en un primer momento a los hispanoamericanos, portugueses, andorranos, filipinos¹⁵, todos ellos equiparados a los españoles¹⁶. A partir del Mutualismo Laboral -1954-¹⁷ a esa relación se incorporarían también los brasileños¹⁸.

La Ley de 22 de julio de 1961, por la que se instauraba el Seguro Nacional de Desempleo, admitía la inclusión en el mismo –art. 6- de los extranjeros «en igualdad de

¹² Ese art. 5 no es novedoso, puesto que la misma solución contenía el art. 22 del Decreto de 28 de agosto de 1931 (Gaceta 30 de agosto), por el que se aprueba el Reglamento de aplicación a la Agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo.

¹³ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, Primera Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, pág. 228.

¹⁴ Cfr. E. SERRANO GUIRADO, *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, pp. 163-164.

¹⁵ A modo de ejemplo, vid. art. 6 de la Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se implanta el Seguro Obligatorio de Enfermedad; o art. 1 c) del Decreto de 29 de diciembre de 1948, que regula los denominados Seguros Sociales Unificados.

¹⁶ Esta nueva situación provocaba ciertas contradicciones, y fundamentalmente una gran incertidumbre para la práctica totalidad de trabajadores extranjeros que habiendo cotizado al Retiro Obrero y/o al Subsidio de Vejez no podían afiliarse al SOVI por incumplimiento del requisito de reciprocidad. El art. 2 de la Orden de 15 de junio de 1949, que desarrollaba el Decreto de 7 de junio de 1949 –que a su vez complementaba el Decreto de 29 de diciembre de 1948–, no permitió la afiliación de dichos trabajadores, pero sí el mantenimiento de los derechos adquiridos.

¹⁷ Vid. J.L. MEILÁN GIL, *El mutualismo laboral*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963, pp. 125-126.

¹⁸ Vid. art. 8 de la Orden de 10 de septiembre de 1954, por la que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Laboral; art. 1.3 de la Orden de 14 de noviembre de 1961, que aprueba las normas de aplicación del Seguro de Desempleo.

condiciones que los trabajadores españoles». Sin embargo, añadía una enigmática coletilla: «sin perjuicio de lo que se disponga en los Acuerdos de reciprocidad que pudiera concertar el Gobierno». La doctrina puso de manifiesto la incongruencia de ese inciso final¹⁹, que trató de solventar la Orden de 14 de noviembre de 1961, de desarrollo de la Ley citada, volviendo a la configuración tradicional de la reciprocidad – equiparación de los trabajadores de estirpe ibérica y reciprocidad para el resto-, matización que seguramente haya de calificarse como aclaratoria más que propiamente *contra legem*.

En líneas generales, y aunque doctrinalmente se instaba a «hacer abstracción del principio de nacionalidad»²⁰, este régimen jurídico fue asumido por el legislador de 1963, quizá porque en aquel momento la universalidad subjetiva, siquiera en un plano netamente contributivo, no se consideraba incompatible con la exigencia de reciprocidad²¹, que, aplicada estrictamente, supondría la exclusión del Sistema de la mayor parte de extranjeros, puesto que los Estados de los que provenían, con un desarrollo económico notablemente inferior, contaban con un sistema de Seguridad Social mucho menos evolucionado²². La Ley de Bases de 1963 mantuvo el criterio tradicional, y distinguía en consecuencia dos regímenes jurídicos diversos en función de la nacionalidad: por un lado, los hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residiesen en territorio español gozaban de los mismos derechos y obligaciones que los españoles en materia de Seguridad Social. Por otro, el resto de extranjeros habrían de estar a lo dispuesto por los convenios o acuerdos internacionales; en su defecto, debía acudir a la reciprocidad²³.

Cumpliendo sus mandatos, tanto la Ley Articulada de 1966, como la LGSS de 1974 y la versión inicial del Texto Refundido de 1994 contenían idénticas previsiones, sin que las normas específicas de extranjería -LO 7/1985, de 1 de julio- efectuasen

¹⁹ «Es difícil ver cuál es el sentido de esta salvedad, si se parte de un principio general de equiparación del trabajador extranjero al nacional, porque es absurdo pensar que un acuerdo de reciprocidad conceda mayores beneficios al trabajador extranjero que al nacional, y para concederle beneficios iguales no hace falta acuerdo alguno»; cfr. M. ALONSO OLEA, *El Seguro Nacional de Desempleo*, RISS, nº 6, 1961, pág. 1393.

²⁰ Cfr. P. ARNALDOS, *La universalidad del campo de aplicación de los seguros sociales obligatorios*, RISS, nº 3, 1951, pág. 307.

²¹ De este modo, se llegó a definir la universalidad como el «dogma que implica el amparo de todos los hombres, de todos los habitantes, incluso la protección de los extranjeros cuyo país de origen conceda trato de reciprocidad a favor de los súbditos del Estado en cuestión»; cfr. G. PRIETO ESCUDERO, *Bases doctrinales para una seguridad social integral*, Revista de Trabajo, nº 46, 1974, pág. 55.

²² Vid. A. BOUDAHRAIN, *Precariedad de la protección social de los trabajadores migrantes magrebinos*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 2000, pp. 56 y ss.

²³ Vid. apartado 8 en la Base Segunda.

matización. Se perpetuaba así el criterio de reciprocidad, también recogido en la Ley 118/1969, de 30 de diciembre²⁴, que procedió a equiparar con los españoles, tanto en materia laboral, como de Seguridad Social y en lo relativo a los beneficios y ayudas del Fondo Nacional de Protección al Trabajo, a los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos. A esta relación se añadieron los ecuatoguineanos tras la Ley 58/1980, de 15 de noviembre.

Ese panorama normativo parecía contrariar ciertos compromisos internacionales del Estado español, y más específicamente el Convenio nº 97 OIT, sobre trabajadores migrantes²⁵. En su art. 6, las partes firmantes se obligan a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación por razón de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que apliquen a sus propios nacionales en relación con la Seguridad Social. En un sentido parecido se pronuncia el Convenio nº 118 OIT, de 1962, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social, pero dicho convenio no ha sido ratificado por España²⁶. La configuración del criterio de reciprocidad en el ordenamiento español no resultaba incompatible, necesariamente, con esos pactos internacionales; a la postre, si todos los firmantes de esos convenios hubieran reconocido la igualdad de trato real a los extranjeros, la reciprocidad implicaría una auténtica equiparación con los españoles.

Junto al Convenio 97 OIT, España es parte del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social²⁷, y de numerosos convenios bilaterales y multilaterales sobre Seguridad Social, mayoritariamente en el ámbito europeo, que reconocen la igualdad de trato con independencia de la nacionalidad; la equiparación se deriva también del Derecho Comunitario para los nacionales de Estados Miembros de la UE, del EEE y de determinados países con acuerdos con la propia UE. En cambio, los nacionales de otros Estados, o los nacionales de Estados parte de esos convenios que se dedicasen a actividades no laborales -el trabajo asalariado era el único supuesto contemplado con carácter general por los pactos internacionales sobre trabajadores migrantes en esos momentos-, resultaban afectados por la reciprocidad. Este requisito, no obstante, fue

²⁴ BOE del 31.

²⁵ Vid. E. GIMÉNEZ CHORNET, *Los convenios de la OIT ratificados por España*, REDT, nº 94, 1999, pág. 202.

²⁶ Hasta el momento han ratificado el Convenio nº 118 OIT un total de 38 países; vid. <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byconv.cfm?conv=C118&lang=ES>.

²⁷ Este Convenio, firmado en Quito el 26 de enero de 1978, reconoce la igualdad de trato en materia de asistencia sanitaria, prestaciones de vejez, incapacidad permanente y muerte y supervivencia; de él son parte, además de España, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El

interpretado tradicionalmente de forma laxa, pues o bien se presumía o bien se atribuía la carga de la prueba a la Entidad Gestora²⁸, con el propósito de facilitar que los numerosos emigrantes españoles pudieran gozar de los beneficios de Seguridad Social en su país de acogida²⁹. No ha sido hasta tiempos recientes, bien entrada ya la década de los noventa, cuando el trabajador extranjero ha comenzado a ser valorado *ope legis* como trabajador y no como extranjero en materia de Seguridad Social.

La reciprocidad ha sido superada tras la aprobación de la LOE, porque ese criterio se ha convertido, con el paso del tiempo, en un lastre para el adecuado funcionamiento de los sistemas de Seguridad Social. En el momento de su concepción y adopción la reciprocidad podría resultar conveniente, con el objeto de proceder a una ampliación progresiva del ámbito subjetivo, y así evitar que una concesión de beneficios de Seguridad Social de forma indiscriminada pudiera hacer peligrar la estabilidad económica del Sistema ante un crecimiento imprevisto o coyunturalmente inasumible de la inmigración; no en vano, las «situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales»³⁰.

Las profundas diferencias entre los distintos sistemas de Seguridad Social, que hunden sus raíces en motivos políticos, sociales e incluso filosóficos, justifican la erradicación de criterios como la reciprocidad, estructuralmente deficientes; si en otros tiempos se encontraba su razón de ser en «los límites funcionales del principio de solidaridad»³¹, carecen ya de sustento sólido, pues difícilmente se podrían traer a colación razones económicas. A la postre, y desde la perspectiva del sostenimiento del Sistema, parece evidente que es preferible la combinación de los criterios de territorialidad y profesionalidad que el recurso a la nacionalidad³². La reciprocidad podría suponer la pérdida de las aportaciones de un colectivo necesario para hacer frente

Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay; vid. <http://www.oiss.org/explorer/enlacesarriba/enlaces.htm>

²⁸ Vid. STSJ Cataluña 14 de diciembre de 1992 (AS 6365).

²⁹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1135-1141.

³⁰ Vid. STC 77/1995, de 22 de mayo.

³¹ Cf. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pág. 83.

³² Sin perjuicio de posibles interconexiones. Por ejemplo, la *Employees Provident Fund* malaya, de 1 de octubre de 1951, establece un sistema de capitalización a efectos de la pensión de jubilación, y únicamente concede el derecho a rescatar los fondos por abandono del país a los extranjeros, y no a los malayos, salvo que renuncien a su nacionalidad.

a las dificultades provocadas por el progresivo envejecimiento de la población autóctona.

Sin recurrir a la universalidad subjetiva, un Sistema de base contributiva debe tender, por propia definición, a proteger a todo aquél que desarrolle una actividad profesional, con independencia de su nacionalidad. La reciprocidad únicamente podría entrar en juego si así se derivase de la aplicación de un acuerdo internacional, porque el ordenamiento interno no ofrece resquicio para las diferencias de trato por razón de nacionalidad. Comoquiera que la reciprocidad es de ordinario un criterio restrictivo de derechos, en el actual marco su aplicación únicamente podría implicar una mejor posición de los extranjeros si a partir de la reciprocidad exigida por una norma internacional se atribuye a quienes se encuentren en situación irregular –a todos o a parte de ellos- el derecho a acceder al Sistema de Seguridad Social.

3- La progresiva equiparación de derechos de los extranjeros

La desaparición del criterio de reciprocidad era previsible, por evidentes razones de justicia social³³. Sin embargo, ni la normativa internacional ni la propia Constitución podían desvirtuar el juego de la reciprocidad, cuya desaparición exigía una modificación legal. El art. 41 CE impone a los poderes públicos el deber de mantener un régimen público de Seguridad Social «para todos los ciudadanos», pero no exige una universalidad completa, porque la extensión impuesta a la Seguridad Social viene delimitada por la ciudadanía³⁴, por la nacionalidad española en definitiva³⁵. La labor del TC obliga a matizar esta primera aproximación. Sobre la base del art. 13 CE («los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»), el TC ha estimado que «que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los

³³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 75; A. BARRADA RODRÍGUEZ, *Justicia social y Seguridad Social*, RSS, nº 15, 1982, pp. 145 y ss.

³⁴ Vid. P. STALKER, *The work of strangers*, OIT, Ginebra, 1994, pp. 61 y ss.

³⁵ En contra, por entender que la expresión «ciudadanos» del art. 41 CE comprende a «la población total del país», vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 326. También adopta una interpretación amplia, O. SALAZAR BENÍTEZ, "De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias", en A. FERNÁNDEZ LE GAL y S. GARCÍA CANO (Dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 29 y ss.

extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal»³⁶.

Esta característica es clave en la determinación del derecho de los extranjeros a gozar de la cobertura contra riesgos sociales. Los derechos de los extranjeros, residentes legalmente o no, pues el art. 13 CE conscientemente utiliza una expresión abierta³⁷, deben ser desarrollados en normas legales³⁸, y la Seguridad Social no es una excepción, máxime cuando se trata de «un derecho de estricta configuración legal»³⁹. Evidentemente, el art. 41 CE establece unos requisitos e impone ciertas tendencias, pero la normativa infraconstitucional no se ha encontrado con ceñidos corsés; baste recordar las numerosas variaciones que se han producido en el régimen jurídico de los derechos sociales de los extranjeros, alentadas ante la constatación de que las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en este punto no resultan *per se* discriminatorias, pues los «tratados y la ley» a los que remite el art. 13 CE no las proscriben en todo caso.

Por consiguiente, de una interpretación sistemática de los art. 13 y 41 de la CE, y de la doctrina sobre los mismos del TC, se deduce que la obligación que pesa sobre los poderes públicos en relación con el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social no se limita solamente a los españoles, sino que alcanza también a los extranjeros en virtud de ese anhelo de universalidad. Ahora bien, no existen trabas para que la normativa internacional o el legislador ordinario establezcan un régimen jurídico diverso por razón de nacionalidad en presencia de rasgos distintivos razonables y objetivos; y en función de las circunstancias socioeconómicas tanto la reciprocidad como las autorizaciones administrativas para residir y trabajar pueden encontrar justificación.

Es cierto que el derecho internacional está plagado de normas que declaran la equiparación entre los nacionales y los extranjeros, fundamentalmente en el caso de los trabajadores migrantes. Es más, en muchos casos tal equiparación tiene lugar mediante una declaración de principios en la que se atribuye el derecho a la Seguridad Social con carácter general a todo ser humano. La virtualidad de esos textos internacionales en este

³⁶ Cfr. STC 95/2000, de 10 de abril.

³⁷ Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981, pp. 291 y ss.

³⁸ Vid. I. BORRAJO INIESTA, "El *status* constitucional de los extranjeros", en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 762-766.

³⁹ Cfr. STC 37/1994, de 10 de febrero.

punto es reducida y, a la postre, el campo de aplicación de los sistemas de Seguridad Social se decide en el ámbito interno de cada Estado.

En este sentido, las pautas y orientaciones del art. 41 CE se plasman en la LGSS, que tradicionalmente ha previsto, y aún lo hace, diferencias por razón de nacionalidad. El art. 1 LGSS podría llevar a equívocos, pues limita el objeto de la LGSS a la regulación del «derecho de los españoles a la Seguridad Social». En abstracto, el precepto parece restringir los beneficios sociales por razón de nacionalidad, o al menos se intuye que podría configurarse una protección diferente en función del origen, reservando la LGSS para los españoles y remitiendo a una norma específica para los extranjeros. Empero, el art. 1 LGSS no puede interpretarse de forma exclusivamente literal ni, más aún, aislada y asistemáticamente. Es el primer precepto de una norma larga y compleja, y, en puridad, constituye únicamente una declaración inicial, genérica e imprecisa, que no excluye que los extranjeros puedan acceder al Sistema de Seguridad Social. Es tan sólo un primer indicativo del contenido de la LGSS: la concreción del régimen jurídico del derecho a la Seguridad Social.

De este modo, el art. 1 LGSS anuncia una regulación posterior más detallada, pero no sirve como referencia de exclusión de los extranjeros, ni del Sistema ni de la propia norma. La LGSS no se refiere únicamente a la Seguridad Social de los «españoles», y ni siquiera de todos los españoles. La nacionalidad tiene influencia en la concesión de beneficios de Seguridad Social, pero no es el único criterio que debe tenerse en cuenta, porque poseer la nacionalidad española no es indispensable para acceder al sistema público de Seguridad Social, y tampoco lo garantiza. Para corregir, o matizar, el tenor literal del art. 1 LGSS, la propia LGSS proclama a continuación la universalidad como principio del Sistema, y sustituye la referencia a «españoles» por la más genérica a «personas» (art. 2.2 LGSS), aunque deja entrever que la universalidad subjetiva es más una aspiración que una realidad. En efecto, el art. 2 LGSS, que enuncia los «principios y fines de la Seguridad Social», apunta ciertas limitaciones en el campo de aplicación del Sistema, por cuanto en su apartado 2 supedita la incardinación en el mismo al cumplimiento de los «requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva».

El art. 7 LGSS, de una u otra forma, siempre ha establecido restricciones por razón de nacionalidad. La consecución de una igualdad de trato real en materia de Seguridad Social, al margen de lo que pudiera derivarse de las normas de extranjería, exigía la supresión de la reciprocidad como criterio de inclusión en el Sistema o de

dispensación de la acción protectora. Para ello era imprescindible una modificación de ese art. 7 LGSS, que se llevó a cabo a través del art. 91.Uno de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁴⁰, y de la Ley de Acompañamiento del año siguiente (Ley 66/1997). Estas normas propiciaron, de una parte, un deseable reforzamiento de la universalización del Sistema⁴¹, y, de otra, la eliminación de las ventajas de las que con anterioridad disfrutaban los colectivos de países con especiales vínculos con España⁴². La equiparación se produjo por arriba, lo que implicaba la supresión del criterio de reciprocidad en las prestaciones contributivas⁴³, si bien se mantuvo respecto de las no contributivas⁴⁴.

La entrada en vigor de la LOE ha consolidado ese proceso expansivo, de modo que en estos derechos «la ciudadanía carece en principio de relevancia»⁴⁵. Los trabajadores extranjeros tienen reconocido el acceso al Sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles⁴⁶, «aunque no exactamente como derecho de

⁴⁰ BOE del 31.

⁴¹ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 147 y ss.

⁴² Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1139.

⁴³ Esta decisión del legislador fue criticada por un sector doctrinal, que entendía necesario «haber previsto distinciones, normas específicas, e incluso excepciones a la regla de la equiparación absoluta»; cfr. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, RMTAS, n° 2, 1997, pág. 104. Comentarios a la Ley 13/1996 en este punto pueden encontrarse también en A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, Relaciones Laborales, n° 4, 1997, pp. 78-80; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social*, AL, n° 39, 1998, pp. 727 y ss.; C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español*, Foro de Seguridad Social, n° 2, 2000, pp. 62 y ss.

⁴⁴ La situación, por cierto, fue muy similar en Francia, ya que hasta 1998 no se reconoció la igualdad de trato en las prestaciones no contributivas. El vigente art. L311-7 del *Code du Travail* dispone que «*les travailleurs étrangers et leurs ayants droit bénéficient des prestations d'assurances sociales. A l'exception des prestations d'assurance vieillesse, le bénéficiaire de ces prestations est subordonné à la justification de leur résidence en France. Les mêmes dispositions s'appliquent aux étrangers ayant leur résidence à l'étranger et leur lieu de travail permanent en France s'il a été passé à cet effet une convention avec leur pays d'origine*». La situación regular condiciona, al igual que en España, el acceso al Sistema y la dispensación de la acción protectora; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 391 y ss.; S. SEGUES y A. TOULLIER, *L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocation familiales*, Droit Social, n° 6, 2005, pp. 665 y ss.

⁴⁵ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante*, RL, n° 8, 2001, pág. 3.

⁴⁶ La evolución de los sistemas de Seguridad Social de tipo bismarckiano demuestra que en su origen la protección se delimita a partir de la interconexión de los criterios de profesionalidad, territorialidad y nacionalidad, criterios que sólo tras la consolidación del Sistema comienzan a relativizarse. No es extraño, por consiguiente, que en Estados con mecanismos de previsión embrionarios la ciudadanía se convierta en un elemento determinante. Así sucede en Sudáfrica, Estado inmerso actualmente en un proceso de profundos cambios en su Sistema de Seguridad Social. El art. 2 de la *Social Assistance Act* (Ley 13 de 2004, de 5 de junio) dispone que «*this Act applies to a person who is not a South African citizen, if an agreement, contemplated in section 231(2) of the Constitution, between the Republic and the*

los mismos, sino más bien como criterio de delimitación de su ámbito de aplicación»⁴⁷. Por lo que respecta a la modalidad contributiva, que continúa siendo el núcleo del Sistema, la incorporación de los trabajadores extranjeros depende de que éstos desarrollen una de las actividades contempladas en el art. 7.1 LGSS, inclusive la militar cuando fuera posible su realización por extranjeros⁴⁸. Respecto de las prestaciones no contributivas, el art. 7.5 LGSS mantiene formalmente el criterio de reciprocidad, pero ese precepto ha de estimarse desplazado por la LOE, que ha consagrado la igualdad de trato también respecto de esas prestaciones⁴⁹.

4- La plenitud de derechos de los ciudadanos comunitarios

Entre la normativa internacional que equipara a nacionales y extranjeros destaca el Derecho Comunitario. El ordenamiento español considera extranjero a quien carece de la nacionalidad española (art. 1 LOE), pero la posición de los extranjeros difiere en razón de su origen, ya que mediante acuerdos internacionales o por propia decisión del Estado pueden concederse determinadas ventajas a los nacionales de concretos países. Desde esa perspectiva, la aplicación de la LOE a los ciudadanos comunitarios ha de

*country of which that person is a citizen makes provision' for this Act to apply to a citizen of that country who resides in the Republic». Respecto de la situación anterior en ese país, vid. F. LUND, *Prestaciones sociales del Estado en Sudáfrica*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1993, pp. 5 y ss. En el mismo sentido, vid art. 4 Ley angoleña 18/90, de 27 de octubre. La OIT ha advertido que estas diferencias por razón de nacionalidad no resultan acordes con los Convenios de esa organización, al menos por lo que se refiere a la protección frente a los accidentes de trabajo, que debe ser dispensada a todo trabajador con independencia de su nacionalidad; vid. <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-displayAllComments.cfm?conv=C019&ctry=0910&hdroff=1&lang=EN>. Resulta interesante asimismo la *Social Insurance Law* de Arabia Saudí [Decisión del Consejo de Ministros nº 199 de 13 de noviembre de 2000 -*Council Of Ministers Decisión No.199 Dated 17/08/1421 H (13/11/2000 G)*-], por cuanto declara comprendidos a todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad respecto de los accidentes de trabajo -*Occupational Hazards Branch*-, pero sólo los saudíes pueden acceder a una pensión de vejez, o a las pensiones de invalidez o muerte y supervivencia derivadas de contingencia común -*Annuities Branch*- (art. 4).*

⁴⁷ Cfr. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 28.

⁴⁸ Frente a la tradicional exclusión de la función pública que han sufrido los extranjeros, nuestro ordenamiento ha habilitado recientemente diversas vías de acceso, si bien aún subsisten importantes limitaciones. La norma de referencia, de la que sólo se benefician los ciudadanos comunitarios, es el RD 543/2001, de 18 de mayo (BOE del 31). En cuanto a la condición de militar, la incorporación de los extranjeros al Ejército, con independencia de su nacionalidad -incluso ciudadanos comunitarios-, ha estado tradicionalmente vedada, hasta que la Ley 32/2002, de 5 de julio, modificó la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.

⁴⁹ Vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 47.

calificarse como residual, pues goza de preferencia el Derecho Comunitario⁵⁰, que reconoce a los nacionales de los Estados Miembros la igualdad de trato⁵¹.

No obstante, la repercusión del Derecho Comunitario sobre el ámbito subjetivo de los mecanismos de protección social de los Estados Miembros es muy escasa. La UE nunca ha pretendido imponer a los Estados una determinada regulación sustantiva de Seguridad Social⁵², ni la universalidad subjetiva de su campo de aplicación, en la medida que lo que el Derecho Comunitario llama “Seguridad Social de los trabajadores migrantes” o “Sistema Común Europeo de Seguridad Social”⁵³ es un conjunto de instrumentos de coordinación⁵⁴. La UE es una organización internacional de integración y puede ejercitar competencias soberanas propias de los Estados Miembros, pero requiere una previa cesión por parte de los Estados, una habilitación que permita a las Comunidades regular una determinada cuestión.

En materia de protección social, la cesión del ejercicio de competencias soberanas ha resultado bastante limitada, instrumental respecto de la libre circulación⁵⁵. La «frigididad social de los padres fundadores» de las Comunidades Europeas⁵⁶ se explica por la filosofía liberal que inspiraba los Tratados Constitutivos, y los fines netamente

⁵⁰ Algunos Estados Miembros han contemplado expresamente la situación de los ciudadanos comunitarios en las normas de extranjería. A modo de ejemplo, la Ley belga de 15 de diciembre de 1980, de acceso al territorio, estancia, establecimiento y alejamiento de los extranjeros (*l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*) les dedica sus arts. 40 a 47.

⁵¹ Vid. T. SALA FRANCO, *La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante*, AL, nº 31-32, 1989, pp. 407 y ss.; J. LÓPEZ LÓPEZ, “La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 57 y ss.; J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.; A.J. ADRIÁN ARNÁIZ, “La libre circulación de trabajadores”, en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 53 y ss.; J. PALMERO ZURDO, “Notas sobre la libre circulación de trabajadores y su desarrollo”, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 251 y ss.

⁵² Vid. J. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo*, RMTAS, nº 2, 1997, pp. 111-112.

⁵³ Cfr. A. OJEDA AVILÉS, *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 9 y ss.

⁵⁴ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, “La aplicación jurisdiccional del Derecho Social de la Comunidad Europea”, en AA.VV., *Política Social de la Comunidad Europea*, Volumen 3, Tomo I, MTSS, Madrid, 1992, pág. 52.

⁵⁵ Vid. J.P. LANDA ZAPIRAÍN, “Desde el Sistema público de Seguridad Social hacia un modelo global de protección social tutelado públicamente”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999, pág. 39; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión*, REDT, nº 109, 2002, pp. 79 y ss.

⁵⁶ Cfr. G.F. MANCINI, *Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario*, RL, Tomo I, 1986, pp. 1180-1181.

económicos que perseguían⁵⁷. La actuación supranacional no tuvo lugar hasta que las cuestiones sociales entorpecieron los objetivos primarios de la Comunidad (libertad de circulación, consecución del mercado común...); y la respuesta comunitaria consistió en remover los obstáculos que dificultaban la evolución y el progreso económicos, mediante el establecimiento de técnicas de coordinación dirigidas a evitar que los derechos sociales se convirtiesen en un lastre para el veloz desarrollo económico. Las Comunidades Europeas comenzaron a preocuparse por la política social en general, y por la Seguridad Social en particular, como una acción subordinada a la libre circulación de trabajadores, que constituye «el eje principal de su acción normativa en materia social»⁵⁸, puesto que la libre circulación exige la igualdad de trato en materia de Seguridad Social⁵⁹.

La configuración de cada sistema de Seguridad Social es coyuntural; el ámbito subjetivo y la acción protectora difieren en cada país, ya que dependen en general de factores tan diversos como el número de habitantes, la tasa de natalidad, el grado de envejecimiento de la población, la tasa de paro, el nivel salarial, la situación económica global⁶⁰ y, en muchos casos, de la intrahistoria de la protección social, pues lo que un pueblo ha logrado con esfuerzo se convierte a menudo en irrenunciable⁶¹, por la conocida «irreversibilidad de las conquistas sociales de los trabajadores»⁶².

⁵⁷ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 14; en el mismo sentido, vid. J. CABEZA PEREIRO, *La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea*, DL, n° 63, 2000, pp. 29 y ss.; F. SALVADOR PÉREZ, “Introducción”, en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 15.

⁵⁸ Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 24.

⁵⁹ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro*, RL, n° 19, 1997, pág. 2; J.M. MARÍN CORREA, “La perspectiva general de la Seguridad Social de los Trabajadores migrantes”, en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 273.

⁶⁰ Vid. F. HAFFNER, “Overall economic conditions for Social Security Systems in central eastern and eastern Europe”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 47 y ss.

⁶¹ Vid. O. CZÚCZ, “Social effects of rapid economic and social transformation and methods for the early recognition of social tensions-The case of Hungary”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 97 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, *Sobre el futuro de la Seguridad Social*, RMTAS, n° 24, 2000, pp. 99-100; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Relaciones entre empleo y Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2002, pág. 20

⁶² Cfr. M.C. PALOMEQUE-LÓPEZ, “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, pág. 23.

Obviamente, todos esos factores provocan demandas de protección social dispares según el lugar y el momento⁶³.

La Seguridad Social necesita una vigilancia económica constante e individualizada⁶⁴. Posiblemente, la «crisis» de la Seguridad Social se agudizaría si un organismo supranacional estableciese un sistema global para Estados tan diferentes como los que hoy forman parte de la UE, máxime cuando la última ampliación ha sido «más heterogénea que las anteriores en cuanto al perfil socioeconómico de los nuevos países miembros»⁶⁵. Por consiguiente, aunque el Protocolo de Política Social que acompañaba al TUE amplió las competencias de la UE, añadiendo la Seguridad Social y la protección social, la creación de un sistema común europeo de Seguridad Social es improbable a medio plazo⁶⁶.

En este contexto, la labor de la UE se ha limitado a la coordinación y convergencia⁶⁷ -no siempre sencillas-⁶⁸ de los sistemas nacionales de Seguridad Social.

⁶³ Sobre las diferencias entre los Estados Miembros en materia de Seguridad Social, vid. D. PIETERS, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 31 y ss. Acerca de la relación entre la Seguridad Social y los procesos de transformación económica, vid. M. ZUKOWSKI, "Transformation of the economic system and Social Security in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 24 y ss.

⁶⁴ Vid. J.M. GALIANA MORENO, *Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam*, REDT, nº 88, 1998, pág. 189.

⁶⁵ Cfr. J. MONTALVO CORREA, *Empleo y relaciones laborales en España en el contexto de la Unión Europea ampliada*, RGDTSS (iustel), nº 7, www.iustel.com. También V. RYS, *Los países de Europa central en vías de transición que ingresan a la Unión Europea: algunos problemas de protección social*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2-3, 2001, pp. 207 y ss.; F. FERRERAS ALONSO, *La irrelevancia de las cuestiones sociales en la primera ampliación de la UE del Siglo XXI*, REDT, nº 122, 2004, pp. 248 y ss.

⁶⁶ Proponiendo el carácter compartido de la competencia sobre Seguridad Social. A. OJEDA AVILÉS, *El sistema común europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 20.

⁶⁷ Esquemáticamente, la armonización supone el establecimiento de estructuras comunes, la convergencia pretende una aproximación de ordenamientos, y la coordinación se plasma en normas de conexión entre diferentes sistemas que no se ocupan de cuestiones materiales; vid. S. VON RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 119-120; J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea", en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 57 y ss.; G. TAMBURI, "Los sistemas de pensiones en la Europa de los 90", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 20 y ss.; D. PIETERS, "Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 257 y ss.; A. LAURENT, "La armonización de los sistemas de Seguridad Social en las Comunidades Europeas", en AA.VV., *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, MTSS, Madrid, 1981, pp. 25 y ss.; J.I. TEJERNIA ALONSO y P. DE LA PEÑA ROSINO, "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*, MTSS, Madrid, 1981, pp. 61 y ss.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 ahonda en la misma línea, pues afirma que la UE «reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social», pero de acuerdo «con las modalidades establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales». La UE no tiene competencia para establecer un Sistema común de Seguridad Social, y ni siquiera unos mínimos de obligatorio respeto⁶⁹.

En consecuencia, la intervención de la UE en materia de Seguridad Social se ha centrado en la protección de los derechos adquiridos y en curso de adquisición del trabajador migrante, y eventualmente de su familia. Las normas que marcaron un punto de inflexión, tras el fallido Convenio Europeo de Seguridad Social de 9 de diciembre de 1957, fueron los Reglamentos 3 y 4⁷⁰. Pese al «déficit social» del Tratado de Roma⁷¹, de la Comunidad Europea emanaron diversas disposiciones de contenido social⁷², y entre ellas los citados Reglamentos, que procedieron a una coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social sobre las bases de la igualdad de trato, la totalización de períodos de cotización, el pago a prorrata y la exportación de prestaciones.

Las sucesivas modificaciones normativas y jurisprudenciales operadas en los primigenios Reglamentos de 1958 hicieron necesaria una sistematización, que, por un lado, incluyese a los trabajadores que permanecían al margen de esas normas, y que, por otro, simplificase las técnicas de coordinación dotándolas de mayor eficacia. Los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972 cumplieron esa función⁷³, pero las constantes

⁶⁸ Vid. J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los emigrantes españoles a países CEE: resoluciones anteriores en materia de pensiones y su revisión al amparo del Reglamento 1408/1971*, RSS, nº 30, 1986, pág. 9; A. MONTROYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 189 y ss.; D. PIETERS, *¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?*, RSS, nº 36, 1987, pp. 71-72; G.L. BARRIOS BAUDOR y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *La protección social en la Constitución Europea*, RMTAS, nº 57, 2005, pp. 419 y ss.

⁶⁹ Vid. S. VON RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 114-115; D. PIETERS, *¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?*, RSS, nº 36, 1987, pp. 87-98; J. ALMUNIA AMANN, *El futuro de la Seguridad Social*, DL, nº 37, 1992, pp. 30-31.

⁷⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1982, pp. 62-63.

⁷¹ Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 37.

⁷² Vid. S. DEL REY GUANTER, "Principios y Tendencias en el Derecho Social Comunitario", en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pp. 182-186.

⁷³ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, "Excepciones al principio de igualdad en los reglamentos comunitarios de Seguridad Social", en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999, pág. 4; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa*, Actualidad Laboral, nº 7, 2001, pp. 164-168; E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, *Principales*

reformas y la intensa labor del TJCE han provocado una repetición del proceso. Ante la cada vez más compleja y abigarrada normativa se ha aprobado una nueva norma de coordinación, el Reglamento 883/2004 –que todavía no es aplicable, como se dijo⁷⁴–, con un propósito de «modernización y simplificación»⁷⁵.

Excepción hecha de las normas de conflicto⁷⁶, los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social no son determinantes respecto del ámbito subjetivo del Sistema español de Seguridad Social. La extensión personal de los mecanismos de coordinación comunitaria no coincide, ni tiene por qué hacerlo, con la del campo de aplicación de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados Miembros⁷⁷. Los Reglamentos comunitarios requieren un elemento de internacionalidad para su aplicación, que se justifica respecto de los migrantes, porque esas normas de coordinación no entran en juego cuando todos los elementos se localizan en el interior de un único Estado Miembro, esto es, respecto de situaciones puramente internas⁷⁸.

De este modo, los Reglamentos comunitarios no explican por qué el ciudadano comunitario no necesita autorizaciones para residir y trabajar como requisito previo de acceso al Sistema; tampoco va de suyo que todos los incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos –básicamente los trabajadores, por cuenta propia o ajena⁷⁹, los estudiantes⁸⁰ y los funcionarios, ya se encuentren éstos en el mismo régimen

repercusiones sobre la Seguridad Social del ingreso de España en las Comunidades Europeas, RSS, nº 31, 1986, pág. 42; N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, Paris, 1991, pp. 243 y ss.

⁷⁴ V.III.

⁷⁵ Vid. Considerando 3 de la Exposición de Motivos del Reglamento 883/2004.

⁷⁶ V.

⁷⁷ Vid. E. GARRIDO PÉREZ, “La noción de trabajador beneficiario de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de seguridad social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 71 y ss.

⁷⁸ Vid. SSTJCE Petit (de 22-9-1992, asunto C-153/91) y Khalil, Chaaban y Osseili (de 11-10-2001, asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99).

⁷⁹ Sucintamente, los reglamentos se aplican a quienes estén, hayan estado o hubieran debido estar –STJCE Mouthaan (de 15-12-1976, asunto 39/76)– en el Sistema de Seguridad Social de algún Estado al que afecte el Reglamento. Por consiguiente, quedan incluidos tanto los trabajadores en activo por cuenta ajena o propia, como los funcionarios, los estudiantes y los pensionistas. La definición de trabajador a efectos comunitarios es tan amplia que engloba a todo el que esté comprendido en el sistema de Seguridad Social de un Estado Miembro ejerza o no una actividad profesional, según afirmó el TJCE en el caso Pierik (SSTJCE de 16-3-1978, asunto 117/77, y de 31-5-1979, asunto 182/78). El Reglamento 883/2004, cuando entre en vigor, comprenderá en su ámbito subjetivo a los inactivos, siempre que se encuentren incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de algún Estado Miembro.

⁸⁰ Antes del TUE, la Directiva 90/366 había admitido la libertad de circulación del estudiante nacional de un Estado Miembro, así como de su cónyuge e hijos a cargo, siempre que demostrasen suficiencia económica «para evitar que durante su período de residencia se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida» (art. 1). Una regulación similar contiene la Directiva 90/365 respecto a los pensionistas. Estos colectivos suelen estar protegidos por la Seguridad Social de ciertas contingencias, y el reconocimiento del derecho de libre circulación hacía necesaria la cobertura

que los asalariados⁸¹, o, tras el impulso del informe Marin⁸² y del TJCE⁸³, estén incluidos en regímenes especiales propios (Reglamento 1696/98)-⁸⁴ disfruten de una exención de esos requisitos, pues el Reglamento 859/2003 ha suprimido la nacionalidad como criterio de aplicación de las normas de coordinación comunitarias⁸⁵. Desde la entrada en vigor de ese Reglamento⁸⁶, que se aplica a todos los Estados Miembros de la UE excepto Dinamarca –Irlanda y Reino Unido lo aceptaron expresamente (*opting in*)-, los derechos concedidos por los Reglamentos comunitarios de coordinación se extienden «a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado Miembro»⁸⁷.

comunitaria, que llegó para los estudiantes con el Reglamento 307/1999, de 8 de febrero, y para los pensionistas con la jurisprudencia del TJCE citada en la nota anterior.

⁸¹ Tradicionalmente eran los únicos funcionarios que se beneficiaban de los mecanismos de coordinación, lo que mereció críticas doctrinales por las desigualdades que provocaba; vid. J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “La Seguridad Social en la CEE”, en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 130-131.

⁸² Ese informe, presentado bajo el título de “*Dimensión social del mercado interior*”, ponía de manifiesto que el mercado interior requiere para su efectividad la remoción de las trabas injustificadas a la libertad de circulación. Y se estimaba que una de ellas era la exclusión de los funcionarios de los reglamentos comunitarios de Seguridad Social, por lo que se recomendaba una modificación del Reglamento 1408/1971 que procediese a su inclusión; el texto de esta Comunicación puede consultarse en RSS, nº 36, 1987, pp. 245 y ss.

⁸³ Vid. STJCE Vougioukas (de 22-11-1995, asunto 443/1993).

⁸⁴ Vid. D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, pp. 65 y ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, TL, nº 35, 1995, pp. 3 y ss.; A. GUGGENBÜHL y S. LECLERC, *Droit Social Européen des travailleurs salariés & indépendants*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 250 y ss.; J. PALMERO ZURDO, 1998: *Un año de cambios para la coordinación comunitaria*, AS, nº 18, 1999, pp. 100-104; N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, París, 1991, pp. 248 y ss.; J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 416 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 36 y ss.; J.L. NUÑO RUBIO, *La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilado*, Noticias de la Unión Europea, nº 157, 1998, pp. 23 y ss.; L.J. DUEÑAS HERRERO, *La dimensión de la Seguridad Social en la Unión Europea y delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación*, RTSS, nº 21, 1996, pp. 47 y ss.; A. PALOMAR OLMEDA, *Bases esenciales del derecho comunitario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 16, 1994, pp. 139 y ss.

⁸⁵ Vid. Resolución de la Dirección General del INSS de 3 de junio de 2003, publicada en Tribuna Social, nº 156, 2003, pp. 89-90.

⁸⁶ La extensión de los mecanismos de coordinación comunitaria a los nacionales de terceros Estados había sido solicitada reiteradamente por la doctrina y calificada como de «urgente necesidad» (*urgent need*); vid. D. PIETERS, “*A Social Security co-ordination for a new type of moving persons*”, en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 71.

⁸⁷ Vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y M.G. QUINTERO LIMA, *La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de*

Los nacionales de terceros países deben cumplir en España las exigencias de la legislación de extranjería, pues los beneficios de los Reglamentos comunitarios se mueven en un plano diferente; y esa inclusión en los Reglamentos no garantiza la igualdad de trato en el acceso al Sistema de Seguridad Social. Los Reglamentos comunitarios tienen una naturaleza instrumental, y entre sus funciones no se encuentra, en sentido estricto, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato. Téngase en cuenta, por ejemplo, que los Reglamentos comunitarios no se extienden a los «transeúntes» comunitarios⁸⁸, ni en general a quienes no estén comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de un Estado Miembro⁸⁹, lo que no es obstáculo para reconocer su efectivo derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación atribuidos directamente por el Derecho Comunitario.

A la postre, la coordinación comunitaria de Seguridad Social se sustenta en la libertad de circulación, cuya efectividad exige *per se* la igualdad de trato⁹⁰, máxime en el acceso al trabajo y en la ejecución del mismo⁹¹; la libre circulación conlleva una equiparación en materia de Seguridad Social⁹² y, colateralmente, impide el nacimiento

terceros países, RL, nº 12, 2004, pp. 105 y ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Hacia la igualdad de trato de los no nacionales de la Unión Europea en materia de Seguridad Social: el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004; S. MORENO CÁLIZ, *Aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social a los trabajadores extracomunitarios*, RMTAS, nº 22, 2000, pp. 33 y ss.

⁸⁸ Vid. A. OJEDA AVILÉS, “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?”, en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999, pp. 63-64.

⁸⁹ Como los profesionales libres sujetos a colegiación obligatoria que pudiendo optar decidan quedar excluidos del Sistema de Seguridad Social, e incorporarse (o permanecer según los casos) a la mutualidad de previsión social adscrita a su colegio; **III.5.**

⁹⁰ A tenor del art. 39.2 TCE «la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados Miembros; c) de residir en uno de los Estados Miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado Miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión». El derecho a la libre circulación se encuentra desarrollado por los Reglamentos 1612/1968 y 1251/1970, así como por la Directiva 2004/38/CE. También se reconoce en el art. III.133 del Proyecto de Constitución Europea.

⁹¹ A tenor del art. 1 del Reglamento 1612/68 «todo nacional de un Estado Miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado Miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado. En particular se beneficiará en el territorio de otro Estado Miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles».

⁹² Vid. F. DURÁN LÓPEZ, “La libre circulación de trabajadores”, en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias*

de situaciones de irregularidad, tan frecuentes en la extranjería y que distorsionan el ámbito subjetivo y objetivo de protección. En consecuencia, la aplicación de los Reglamentos a los extracomunitarios no implica la igualdad de trato, porque éstos carecen de la libre circulación y están sometidos a legislación de extranjería, que puede reconocer, como ahora lo hace, la igualdad de trato, o puede apostar por fórmulas diversas, como la reciprocidad.

Los ciudadanos comunitarios no necesitan una autorización administrativa de residencia y trabajo, o al menos no la requieren en términos equivalentes al resto de extranjeros; la tarjeta de residencia presenta connotaciones diferentes a la autorización para residir⁹³. Si el ciudadano comunitario es además trabajador no necesita tarjeta de residencia⁹⁴ y, en todo caso, su solicitud y tramitación «no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades»⁹⁵. Desde este punto de vista, la libertad de circulación prácticamente elimina cualquier cuestión relativa a la inclusión de los ciudadanos comunitarios en la Seguridad Social, ya que en la medida que disfrutan de igualdad de trato, quedarán comprendidos en el Sistema en las mismas condiciones que los españoles. Los problemas podrían generarse en la dispensación de la acción protectora cuando sea menester proceder a la totalización de períodos de carencia, al pago prorrateado o a la exportación de prestaciones, por ejemplo, pero las mismas dificultades se originan si el solicitante es un trabajador migrante español.

Titulares de la libre circulación son, en principio, los ciudadanos comunitarios. Sin embargo, esta primera aproximación peca tanto por exceso como por defecto. Por exceso, en cuanto a que no todos los Estados que recientemente se han incorporado a la UE gozan de una libertad de circulación plena, sino que los respectivos Tratados de Adhesión han establecido un período transitorio⁹⁶, como en su día sucediera con España⁹⁷. La libertad de circulación ha alcanzado su plenitud respecto de Chipre, y,

laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, MTSS, Madrid, 1987, pp. 396-399.

⁹³ Extensamente, vid. J. GARCÍA MURCIA, *Sobre la entrada y permanencia en España de ciudadanos comunitarios*, RGDTS (iustel), nº 3, www.iustel.com.

⁹⁴ Art. 6 RD 178/2003.

⁹⁵ Art. 13.1 RD 178/2003.

⁹⁶ Pueden consultarse en http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/es/treaties/treaties_accession.htm.

⁹⁷ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “La libre circulación de trabajadores comunitarios en España durante el período transitorio”, en A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, MTSS, Madrid, 1987, pp. 415 y ss.; M. ROJAS CASTRO, *Subsidio familiar íntegro desde 1986 por los hijos en España y Portugal de los trabajadores españoles y portugueses empleados o parados en otro Estado Miembro*, RTSS, nº 3, 1991, pp. 107 y ss.; M.I.

hasta el momento, de Malta, salvo que las autoridades maltesas decidan imponer restricciones, que se convertirían entonces en limitaciones recíprocas. Para el resto de Estados de nueva incorporación -Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y la República Checa- se ha configurado un período transitorio de diversas fases –con un máximo de tres-, que podría durar hasta el 2011, para paliar las repercusiones que una migración masiva podría provocar en los países receptores. Las trabas a la libre circulación pueden levantarse a través de decisiones estatales unilaterales o de convenios bilaterales entre Estados, de modo que la libertad de circulación puede reconocerse en momentos diferentes en cada Estado Miembro respecto de cada nuevo Estado de reciente incorporación.

En tanto no sea reconocida la libertad de circulación⁹⁸, el régimen jurídico aplicable en España a los nacionales de esos Estados es el previsto para los extranjeros (aunque no puede tomarse en consideración la situación nacional de empleo), salvo casos especiales, como sucede con los nacionales de esos Estados de nueva incorporación que residieran en España en el momento de la adhesión y que estuvieran autorizados o exceptuados de la autorización para trabajar por tiempo no inferior a un año (lo relevante es la duración de la autorización o excepción y no el tiempo que lleven residiendo en España); para ellos ya es de aplicación el régimen comunitario dentro de las fronteras españolas, por lo que si bien contarán con limitaciones para trasladarse a otros Estados, no necesitarán autorizaciones para residir y trabajar en España y será de aplicación el RD 178/2003⁹⁹. En cuanto a los familiares de esos trabajadores, se beneficiarán del régimen comunitario si residían en España con carácter previo a la fecha de adhesión y el trabajador del que son familiares era titular de una autorización de trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a un año con anterioridad a ese momento; de lo contrario, les será de aplicación el régimen jurídico común de la extranjería¹⁰⁰.

RAMOS QUINTANA, *La aplicación de la libre circulación de trabajadores en el territorio español: período transitorio y etapa definitiva de adhesión a la CEE*, TL, nº 22, 1991, pp. 33 y ss.

⁹⁸ España ha adoptado un período transitorio de dos años; vid. J. MONTALVO CORREA, *Empleo y relaciones laborales en España en el contexto de la Unión Europea ampliada*, RGDTSS (iustel), nº 7, www.iustel.com; también, Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones (junto con otros organismos) de 13 de abril de 2004, publicada en Tribuna Social, nº 163, 2004, pp. 73 y ss. Las condiciones de entrada y permanencia en España son más generosas, como detallan las Instrucciones de 1-5-2004; vid. http://extranjeros.mtas.es/es/general/InstruccionesNacionalesIncorporados_01052004.pdf.

⁹⁹ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho interno: A propósito del RD 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios*, AS, nº 10, 2003, pp. 63 y ss.

¹⁰⁰ Si el trabajador acredita un año de residencia y trabajo en España en situación legal antes o después de la fecha de adhesión no se tomará en consideración para sus familiares la situación nacional de empleo.

Gozan también de libre circulación los nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, aunque no formen parte de la UE¹⁰¹. En concreto, los nacionales de Islandia, Noruega y Liechtenstein se benefician de ese derecho, y por consiguiente, también de la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992. El derecho de libre circulación se extiende asimismo a Suiza¹⁰², con alguna limitación mientras no concluya el período transitorio¹⁰³, así como a los territorios asociados a la UE, como territorios en ultramar, por su vinculación con algún Estado Miembro¹⁰⁴.

Disfrutan de la libre circulación, y pueden desarrollar una actividad productiva amparados en ella, determinados extracomunitarios, en concreto el cónyuge del titular de la libre circulación siempre que no estén separados de derecho, así como los descendientes del titular y los de su cónyuge –si no están separados de derecho en este último caso- menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas¹⁰⁵. Por el contrario, la libertad de circulación queda restringida para otros parientes; los ascendientes extracomunitarios del titular de la libre circulación y los de su cónyuge -siempre que no estén separados de derecho- que vivan a sus expensas tienen derecho de entrada, estancia y residencia en territorio español, pero no pueden ejercer una actividad lucrativa. Sin embargo, ni siquiera tienen derecho de entrada y residencia, y tampoco de acceso a un empleo, los ascendientes de los estudiantes y de

¹⁰¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1982, pp. 2 y ss.

¹⁰² En virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (BOE de 21 de junio de 2002).

¹⁰³ Vid art. 10 del Acuerdo de 21 de junio de 1999.

¹⁰⁴ Como pueda ser Groenlandia, que era territorio comunitario por ser parte de Dinamarca hasta febrero de 1982, pero tras un referéndum decidió separarse de la Comunidad; sin embargo, continuó ligada a la UE como territorio asociado, condición que mantiene en la actualidad. De este modo, la aplicación de las normas comunitarias de Seguridad Social no admite dudas, si bien con ciertas adaptaciones recogidas en el Reglamento 1661/1985, de 13 de junio, todavía en vigor como refleja el art. 90.1 b) del Reglamento 883/2004. Se encuentran también incluidos los departamentos franceses de ultramar (Guayana, Guadalupe, Martinica y Reunión), así como Gibraltar, pero no los territorios de ultramar mencionados en el Anexo II del TCE, cuyas relaciones con la UE se detallan en los arts. 182 y ss. TCE (versión consolidada). Tampoco están incluidos en el ámbito de los Reglamentos comunitarios ni el Principado de Andorra, ni el Principado de Mónaco, ni las Islas Feroe, ni San Marino, ni el Estado Vaticano; vid. A.P. GOLLOT, *Droit Social et protection social des expatriés dans la CEE*, Dalloz, París, 1993, pp. 8-9; A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 218-220; C. IZQUIERDO SANS, *Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 115 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, RMTAS, nº 27, 2000, pp. 65 y ss.

¹⁰⁵ Art. 2 RD 178/2003.

sus cónyuges¹⁰⁶; en consecuencia, la posibilidad de ejercer lícitamente una actividad productiva dependerá del cumplimiento de la normativa de extranjería.

Los titulares de la libre circulación están exentos de las autorizaciones administrativas para residir y trabajar previstas para los extranjeros. Comoquiera que en la actualidad las dificultades de acceso al Sistema de los extranjeros vienen motivadas, exclusivamente, por su situación regular o irregular en España, los titulares de la libre circulación pueden acceder sin trabas a un trabajo (a salvo de determinados puestos en los que se ejerciten potestades públicas)¹⁰⁷ y al Sistema de Seguridad Social –tanto su modalidad contributiva como en la no contributiva- en los mismos términos que los españoles.

Es posible, no obstante, plantear en hipótesis algún supuesto de irregularidad en la residencia y/o trabajo de un ciudadano comunitario. Esa situación podrá tener lugar, según los casos, cuando por motivos de «orden público, de seguridad pública o de salud pública» se impida la entrada en territorio nacional de un ciudadano comunitario, se deniegue la expedición o renovación de tarjetas de residencia o se decida su expulsión¹⁰⁸. En el supuesto de entrada en territorio nacional contraviniendo la orden de la autoridad pública correspondiente, o de permanencia haciendo caso omiso a la expulsión, parece, cuanto menos por analogía con la situación de extranjería, que el ciudadano comunitario no está facultado para ejercer una actividad profesional, ni estaría en condición de solicitar, y eventualmente percibir, una prestación no contributiva.

Sin embargo, en la práctica es una situación difícil de articular; el ciudadano comunitario no necesita autorización para trabajar y las solicitudes de afiliación y alta no requieren que se acompañe ese documento. El trabajo y el acceso al Sistema no se han prohibido expresamente en tales casos; es más, las limitaciones a la libre circulación deben ser interpretadas restrictivamente y la aplicación analógica de las consecuencias de la falta de autorización para residir y/o trabajar respecto del contrato de extranjeros presenta evidentes dificultades conceptuales. El art. 3 Reglamento 1612/68 advierte que

¹⁰⁶ Art. 3.2, en relación con el 2.c) RD 178/2003.

¹⁰⁷ A lo que se adaptó España con la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea (Ley modificada por el art. 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Y esa Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo; vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, TL, nº 35, 1995, pp. 25-33; J. PALMERO ZURDO, 1998: *Un año de cambios para la coordinación comunitaria*, AS, nº 18, 1999, pp. 101-102; A.M. RECIO LAZA, *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997, pp. 32-35.

no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado Miembro que «limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros», lo que parece excluir que se puedan generar consecuencias negativas, en el ámbito laboral y de Seguridad Social, por los incumplimientos expuestos.

No obstante, los intereses en juego, y la posible afectación al interés general, permiten defender otra interpretación. No cabe olvidar que la expulsión de un ciudadano comunitario requiere, en ciertos casos, la acreditación de «motivos graves de orden público o seguridad pública» o incluso de «motivos imperiosos de seguridad pública»¹⁰⁹. Resulta un contrasentido, por ejemplo, que en esas condiciones se puedan generar prestaciones de Seguridad Social vinculadas a la acreditación de un determinado período de residencia, ya que difícilmente puede justificarse que el Estado deba hacer frente a las consecuencias de un período de estancia o residencia que ha sido prohibido explícitamente por motivos justificados.

En cuanto a las prestaciones de carácter contributivo, la solución viene dada por los efectos otorgados al contrato y, en particular, por la validez o nulidad de éste. La prohibición de estancia, residencia o permanencia en territorio nacional supone que el ciudadano comunitario no está ejercitando su derecho a la libre circulación, que le ha sido expresamente restringido; y como consecuencia, no está facultado para desarrollar lícitamente una prestación de servicios en España, de modo que el contrato –laboral, civil, mercantil o incluso administrativo– derivaría nulo por incumplimiento de una norma prohibitiva¹¹⁰. El art. 36.3 LOE no sería de aplicación, porque parte de una premisa imposible de extrapolar a los ciudadanos comunitarios: la carencia de autorización para trabajar que debería haber solicitado el empleador. Los ciudadanos comunitarios no requieren dicha autorización, por lo que falta un presupuesto indispensable para la entrada en juego del art. 36.3 LOE, con las consecuencias, poco claras, que ello pudiera tener.

5- Las condiciones de acceso de los extranjeros no comunitarios

¹⁰⁸ Art. 16 RD 178/2003.

¹⁰⁹ Vid. art. 28 Directiva 2004/38/CE.

¹¹⁰ El art. 31.4 Directiva 2004/38 permite que el Estado Miembro de acogida rechace la presencia del interesado en su territorio durante el procedimiento de recurso; e incluso puede prohibir su presentación

Los extranjeros tienen derecho a incorporarse al Sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. El art. 7 LGSS así lo advierte respecto de la modalidad contributiva, al declarar comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social a «los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España», si bien contiene todavía restricciones en materia de prestaciones no contributivas, toda vez que su apartado 5 equipara a los «hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español», mientras que para los demás remite a los tratados internacionales o, en su defecto, a la reciprocidad. La LOE ratificó la inclusión de los extranjeros no comunitarios en la Seguridad Social, advirtiendo en su art. 10 que ese colectivo tiene derecho a «ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de Seguridad Social»¹¹¹; el art. 14 añade que los extranjeros «residentes» tienen derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, lo que supone, como se desarrollará posteriormente¹¹², la supresión de la reciprocidad como requisito de acceso a las prestaciones no contributivas.

La nacionalidad, no obstante, mantiene una influencia indirecta en la configuración del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. La condición de extranjero, en abstracto, no resulta un impedimento para el ingreso en el Sistema; pero el extranjero al que se reconoce la equiparación es el extranjero en situación regular, el que cumple las exigencias para residir y, en su caso, realizar una actividad profesional en España¹¹³. La carencia de esas autorizaciones provoca que el trabajador extranjero se encuentre en España en situación irregular¹¹⁴, y ello tradicionalmente ha

en la vista por motivos graves de orden público o seguridad pública o cuando el recurso judicial o administrativo se refiera a una denegación de entrada en el territorio.

¹¹¹ Esta regulación resulta más ventajosa que la contenida en el Convenio nº 97 OIT, relativo a los trabajadores migrantes, concepto en el que incluye a «toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante»; sin embargo, quedan al margen de los derechos que concede ese convenio no sólo los trabajadores por cuenta propia, sino también los trabajadores fronterizos, la gente de mar, los artistas y los profesionales liberales que ejerzan esas labores por un corto período de tiempo.

¹¹² VI.6.

¹¹³ La situación regular, por cierto, no queda empañada por defectos o irregularidades formales de carácter menor; vid. STSJ de Murcia de 19-5-1999 (Ar. 1599).

¹¹⁴ Vid. M. MOYA ESCUDERO, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada, 1999, pp. 73 y ss.

implicado su exclusión del Sistema¹¹⁵, aunque la LOE ha introducido en el debate ciertos elementos que han originado una buena dosis de incertidumbre.

En perspectiva histórica, la inmigración se ha llegado a considerar un derecho natural¹¹⁶, de necesario respeto por parte de los poderes públicos¹¹⁷; pero en las últimas décadas se ha producido un notable cambio de orientación, porque las diferencias socioeconómicas entre países provocan flujos migratorios unidireccionales, lo que dificulta las políticas de apertura de fronteras¹¹⁸. El derecho internacional actual reconoce a toda persona el derecho a la emigración¹¹⁹, como derecho inherente a todo ser humano que le habilita para abandonar su patria en busca de mejores condiciones de vida y trabajo¹²⁰. Sin embargo, ese derecho no viene acompañado de su antagonista, el derecho a la inmigración, ya que a pesar de constituir las dos caras de la misma moneda resultan notablemente asimétricos¹²¹. En realidad, y salvo contadas excepciones (con la UE como ejemplo más sobresaliente), ningún extranjero puede alegar el derecho a la inmigración –o libre circulación, en suma- para acceder, permanecer y/o trabajar en otro Estado. Los extranjeros no tienen un derecho fundamental a entrar en otro país, porque ese derecho, allí donde está reconocido, se limita a los nacionales¹²². En efecto, es cada Estado, en legítimo uso de su soberanía, quien decide las condiciones de entrada,

¹¹⁵ La STS de 15-3-1989 (Ar. 2414) estimó que el contrato de trabajo era válido hasta que no se denegase la autorización para trabajar, por lo que desplegaba plenitud de efectos durante el tiempo que media entre la solicitud y la resolución administrativa; también, STSJ de Cataluña de 15-9-2000 (AS.4585).

¹¹⁶ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Las políticas de inmigración*, Tribuna Social, n° 133, 2002, pág. 11.

¹¹⁷ «At a regional level, however, migration was sometimes discouraged by the local authorities who were often unreceptive to the arrival of strangers. In most of the (agrarian) communities, there was a balance between the demand for and the supply of labour. Newcomers threatened to disturb this balance. Such communities produced according to their own demands, were usually able to feed their population and therefore did not benefit from mass migration»; cfr. F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pág. 3.

¹¹⁸ Vid. M. LOBOS PALACIOS, *Análisis de la Ley de extranjería chilena: el residente sujeto a contrato de trabajo*, AL, n° 25, 2001, pp. 558-559.

¹¹⁹ Vid. art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

¹²⁰ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, "Inmigración y Gobierno", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 259.

¹²¹ Vid. J.M. GALIANA MORENO, "Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general", en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, pp. 23-25.

¹²² Vid. STC 72/2005, de 4 de abril. Según la STC 94/1993, de 22 de marzo, la libertad de circulación a través de las fronteras no es un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana ni pertenece a todas las personas al margen de la condición de ciudadano. El ATC 55/1996, de 6 de marzo, ha precisado que el derecho a la libertad personal no conlleva el derecho a entrar en España, derecho que la Constitución no atribuye a los extranjeros.

residencia y trabajo en su territorio, con justificaciones de muy diversos tipos, como el orden público o la protección de la mano de obra nacional¹²³.

La CE concede amplias posibilidades en la configuración de los derechos de los extranjeros, y no proscribiera el establecimiento de un estatuto jurídico restrictivo, que los Estados adoptan, fundamentalmente, cuando se convierten en lugar de destino de los inmigrantes, como ha sucedido con España en los últimos años¹²⁴. La legislación de extranjería se dirige a controlar los flujos migratorios¹²⁵, y utiliza para ello las autorizaciones para residir y trabajar, que se erigen en *conditio sine qua non* para la adquisición de ciertos derechos, y constituyen el germen de la diferenciación bien conocida entre extranjeros “regulares” e “irregulares”, avalada por la práctica internacional reciente que se dirige a erradicar la inmigración ilegal¹²⁶ y por el propio TC¹²⁷. La consecuencia es clara: en función de la obtención o no de esas autorizaciones puede establecerse un diferente estatuto jurídico para los extranjeros¹²⁸.

A grandes rasgos, y en lo que concierne al Sistema de Seguridad Social, se encuentran en situación legal los extranjeros que hayan obtenido una autorización para residir, mientras que necesitan autorización para trabajar quienes pretendan desarrollar lícitamente una actividad productiva. De este modo, la autorización para trabajar, habitualmente la más conflictiva como condición de acceso a la modalidad contributiva, se exige no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los trabajadores por

¹²³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 21-22; A. MARTÍN VALVERDE, *Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería*, Tribuna Social, nº 126, 2001, pp. 15 y ss.; I. BORRAJO INIESTA, “La libertad de circulación de los trabajadores en España”, en AA.VV., *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho Comparado*, Madrid, 1998, pag. 63 y ss.

¹²⁴ En consonancia, algún autor solicita la reordenación y racionalización del Derecho de la Inmigración como nueva rama del Derecho Social; vid. C. MOLINA NAVARRETE, “Garantías de efectividad del estatuto jurídico de los trabajadores extranjeros: las técnicas del derecho sancionador”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 336-337.

¹²⁵ Vid. S. OLARTE ENCABO, *La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el Sistema español de Seguridad Social*, AL, nº 31, 1993, pág. 557; J.L. MOLÉS MONTOLIÚ, “Derecho de los extranjeros al trabajo y a la Seguridad Social en la LO 4/2000, de 11 de enero y en su reforma por lo 8/2000, de 22 de diciembre”, en AA.VV. *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 910.

¹²⁶ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería*, Tribuna Social, nº 126, 2001, pp. 18-19.

¹²⁷ Vid. STC 107/1984, de 23 de noviembre.

¹²⁸ Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ y M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Los derechos socio-laborales de los extranjeros”, en M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ (Coord.), *Derecho de extranjería*, Diego Martín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 441 y ss.; M.C. POLO SÁNCHEZ, *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994, pp. 58 y ss.; M. TEROL BECERRA y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitución, extranjeros y Derecho del Trabajo”, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 57 y ss.

cuenta propia, aunque se excepciona en determinados supuestos¹²⁹. En ocasiones esa autorización es sustituida por otros documentos, como el enrolamiento¹³⁰ o la denominada tarjeta de residencia, que a efectos de Ceuta y Melilla se encuentra equiparada a la autorización de trabajo (STC 150/1994, de 23 de mayo)¹³¹.

La situación regular en España, y la posibilidad de prestar lícitamente servicios, puede derivar de la condición de estudiante mientras dure la autorización al efecto. Los estudiantes se encuentran en situación de estancia, lo que probablemente deberá ser objeto de atención por parte del legislador para cumplir las exigencias del Derecho Comunitario, ya que la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004¹³², deja claro que al estudiante «le será expedido un permiso de residencia» (art 12), con las connotaciones que de ello derivan en materia de pensiones no contributivas¹³³. Además, los estudiantes pueden realizar actividades remuneradas que no sean incompatibles con sus estudios (art. 33 LOE)¹³⁴; en tal caso, procede la obligatoria inclusión en el Sistema de Seguridad Social.

¹²⁹ Art. 41 LOE.

¹³⁰ El documento de enrolamiento satisface las normas de extranjería y sustituye a las autorizaciones para trabajar y residir. El Convenio 108 OIT obliga a los Estados firmantes a admitir en su territorio a los marinos en posesión de un «documento de identidad de la gente de mar válido». En aplicación de sus principios, la Resolución del Instituto Español de Emigración de 3 de mayo de 1990 (BOE del 23) reconoció la validez como permiso de trabajo del duplicado de la notificación de embarque o renovación de contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles. El art. 20 de la Ley 55/1999 dispuso que «el enrole de personal extracomunitario en buques españoles inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras que realicen exclusivamente navegaciones de cabotaje insular tendrá la consideración de permiso de trabajo siempre que se acredite, por parte de la empresa titular de la actividad, que la jornada de trabajo, descanso, tiempo de embarque, condiciones salariales y Seguridad Social son las exigidas legalmente para los trabajadores españoles. Dicha acreditación se realizará ante la autoridad competente para la expedición de los permisos de trabajo, sin perjuicio de la comprobación que a través del procedimiento de despacho de buques puedan ejercer las Capitanías Marítimas. A los efectos de este artículo, se entenderá por cabotaje insular el transporte por mar de pasajeros o de mercancías entre puertos situados en la península y los territorios no peninsulares, así como el de estos últimos entre sí». De este modo, el documento de enrolamiento para los marineros implica una situación regular en España, con la consecuente incorporación al Sistema de Seguridad Social si desarrollan una actividad protegida; vid. STC 130/1995, de 11 de septiembre.

¹³¹ Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *De nuevo sobre el derecho de los trabajadores del mar de nacionalidad marroquí a percibir prestaciones por desempleo por servicios prestados en España: aplicación preferente del Reglamento Comunitario 2211/1978, de 26 de septiembre, también en los casos de enrolamiento fundado en los Acuerdos de Pesca Unión Europea-Marruecos*, AS, nº 22, 2000, pp. 33 y ss.

¹³² Relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Su plazo de transposición concluye el 12 de enero de 2007.

¹³³ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pág. 35.

¹³⁴ Vid. X. BOLTAINA BOSCH, «El trabajo de estudiantes extranjeros en España. las prácticas profesionales para el perfeccionamiento en los usos comerciales o profesionales españoles», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 125 y ss.

En una situación muy particular se encuentra quien, aun en posesión de una autorización para trabajar, no respeta las restricciones establecidas en ella. Recuérdese que a tenor del art. 38 LOE la autorización para trabajar «podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad». En su día, el TS entendió que si el trabajador extranjero desarrollaba una actividad profesional no permitida en esa autorización, o la ejercía en una parte del territorio nacional no prevista por la misma, podía ser sancionado, pero el contrato de trabajo era válido y el trabajador permanecía incluido en el Sistema de Seguridad Social¹³⁵. Es claro que si se ha obtenido la autorización correspondiente la residencia no deriva ilegal porque el extranjero realice una actividad diferente a la permitida. La condición de residente permitiría al extranjero acceder a las prestaciones no contributivas. Sin embargo, el trabajador no puede ingresar en la modalidad contributiva por el desempeño de una actividad no autorizada, o en un territorio no contemplado por la autorización; hay, a la postre, trabajo sin autorización, y derivar la responsabilidad exclusivamente hacia el empresario y hacia el Sistema de Seguridad Social resulta complejo, porque la participación en el incumplimiento del trabajador al ignorar conscientemente las restricciones de la autorización debe desplegar las oportunas consecuencias.

En cuanto a los apátridas, extranjeros al no poseer la nacionalidad española, el art. 24 de la Convención por la que se aprueba su Estatuto les permite gozar de los beneficios de la Seguridad Social siempre que residan legalmente en territorio español y cumplan el resto de los requisitos establecidos por la normativa aplicable¹³⁶. Disfrutan por consiguiente de la igualdad de trato y no están, ni pueden estar, sujetos a condiciones de reciprocidad¹³⁷, porque, por un lado, no existe término de comparación y, por otro, el art. 9.10 CC estima que la ley personal de los que carezcan de nacionalidad o la tuvieran indeterminada es la del lugar de su residencia habitual.

Consideración especial merecen los extranjeros que viven en España bajo la cobertura del Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, que exigen la equiparación de estos extranjeros a los españoles, al menos a los efectos que aquí interesan. El fundamento de la política de asilo difiere del de la política de inmigración, pues aquella

¹³⁵ Vid. STS de 4-3-1991 (Ar. 2100).

¹³⁶ Vid. arts. 34 y 40.f) LOE y art. 13 RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto del Apátrida.

¹³⁷ Vid. A. CUBAS MORALES, *A propósito de la Seguridad Social de los extranjeros*, Tribuna Social, nº 50, 1995, pp. 44 y ss.

está imbuida de un notable carácter humanitario que constituye su esencia¹³⁸ y que justifica una previsión constitucional expresa (art. 13.4 CE)¹³⁹. El art. 2.1 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado¹⁴⁰, define el derecho de asilo como la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado¹⁴¹ y que consiste en su no devolución o expulsión, y que como «efectos secundarios»¹⁴² conlleva la facilitación de la documentación necesaria para residir, viajar, identificarse y trabajar en España¹⁴³. Los refugiados disfrutan de un estatuto privilegiado a la hora de obtener las autorizaciones de residencia y trabajo¹⁴⁴, pues la concesión de asilo implica *per se* la autorización para residir y trabajar (art. 13 Ley 5/1984), salvo que concurren circunstancias excepcionales de índole política, económica y social que justifiquen la denegación de esas autorizaciones, lo que en realidad supondría una denegación del asilo (art. 16.1 de la

¹³⁸ «En esta materia priman los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia, resultando vano, por la realidad de las cosas, pedir una acabada prueba de las condiciones en que el interesado se mueve cuando insta el asilo o solicita la condición de refugiado; basta en principio un fundado temor a ser perseguido en su país de origen, por motivos de raza, religión, pertenencia a determinado grupo social o de opinión política»; cfr. SSTs (Cont-Adv.) de 9-5-1988 (Ar. 4074) y de 5-3-1990 (Ar. 1861). La STS (Cont-Adv.) de 7-6-1990 (Ar. 4773) matiza que una simple discrepancia ideológica no es suficiente para justificar el asilo, pues es necesario acreditar una situación de persecución personal por motivos de raza, religión, opiniones políticas, etc. Además, la mera situación de conflicto civil en el país de origen [o la condición de víctima de violencia doméstica; STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3810)] «no es suficiente para atender a una solicitud de asilo si no va acompañada de indicios de que el solicitante pudiera sufrir persecución por los apuntados motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas» [cfr. STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3808)]. Cuestión distinta es la admisión a trámite de la solicitud, que debe ser acordada si el relato de hechos es verosímil; vid. STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3815).

¹³⁹ Vid. D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 13 y ss.; P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 51 y ss.; D. BLANQUER, *Asilo político en España*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 53 y ss.; M.C. POLO SÁNCHEZ, *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994, pp. 353 y ss.; M.T. GIL BAZO, «La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 147 y ss.; D. BOUTEILLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, París, 2001, pp. 33 y ss.

¹⁴⁰ Ley desarrollada por el RD 203/1995, de 10 de febrero.

¹⁴¹ El asilo y la condición de refugiado son situaciones jurídicas inescindibles en la actualidad, aunque constituyeron en su inicio instituciones diferentes, con consecuencias, incluso laborales, también diversas. Los regímenes jurídicos fueron finalmente unificados tras la Ley 9/1994, de 19 de mayo; vid. R. GARCÍA MACHO, «El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española», en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 780 y ss.

¹⁴² Cfr. E. SEGARRA TRÍAS, «El derecho de asilo y la condición de refugiado en España. Una lectura de la Ley 9/1994 de 19 de marzo, que modifica la Ley de Asilo de 26 de marzo de 1984», en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 157.

¹⁴³ Vid. STC 53/2002, de 27 de febrero.

¹⁴⁴ Como dispone el art. 25.4 LOE, los requisitos generales de entrada en España no son de aplicación «cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España».

Ley 5/1984)¹⁴⁵. Por consiguiente, la condición de refugiado permite desarrollar una actividad profesional y el acceso al Sistema en su modalidad contributiva; además, si cumple los pertinentes requisitos, el refugiado podrá ser beneficiario de las prestaciones no contributivas.

Por lo que se refiere al período que media entre la solicitud y la concesión del asilo, el art. 15 RD 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Asilo, advierte que la mera solicitud de asilo no autoriza a trabajar, y remite expresamente a la normativa de extranjería. No obstante, la concesión de la autorización para trabajar a los solicitantes de asilo se flexibiliza notablemente, hasta el punto de que están autorizados a trabajar «una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado» (DA 17ª del Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 2393/2004).

Las normas referidas a estos colectivos tan especiales, por la finalidad humanitaria de la que está impregnada esa regulación, conceden singular importancia a los requisitos necesarios para residir y/o trabajar en España. Así lo hace también el RD 1325/2003, de 24 de octubre, que aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, esto es, personas que huyan de «zonas de conflicto armado o de violencia permanente» o que «hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos» (art. 1); en estos supuestos se concede una protección temporal que comprende la autorización para residir y trabajar en España (arts. 16 y 19)¹⁴⁶. Asimismo, se prevé la concesión de autorizaciones para residir por otras razones humanitarias o de seguridad nacional, pero no llevan aparejada la autorización para trabajar, que debe obtenerse separadamente si se pretende realizar lícitamente una actividad profesional y acceder al Sistema en su modalidad contributiva (art. 5 Orden de 19-11-1997)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Vid. B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, “La distinción de lógicas de las políticas de inmigración y asilo y las autorizaciones para trabajar”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 811-815.

¹⁴⁶ La respuesta ante estas situaciones requiere a menudo un esfuerzo internacional, como se ha demostrado en el ámbito de la UE; vid. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l33124.htm>.

¹⁴⁷ Relevancia incidental posee el Anexo II del Convenio 97 OIT, que se ocupa del reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental. Su art. 11 establece un especial deber estatal, corolario del compromiso previo asumido de articular la migración; ese deber se traduce en la obligación del Estado de proceder a determinadas actuaciones respecto del trabajador migrante que ostente la condición de refugiado o de persona desplazada y carezca de empleo en el Estado

Como supuesto excepcional, ha de considerarse en situación regular a quien, aun en ausencia de autorización para residir, se ve privado de ciertos derechos y libertades en virtud de sentencia judicial. Los penados, aunque no estén en posesión de la autorización para residir y/o trabajar, tienen derecho a realizar una actividad en prisión, pues ha de primar el derecho a la reinserción social, sin perjuicio de una posible expulsión. En este sentido, la “sociedad” en la que debe efectuarse la reinserción no tiene que ser identificada necesariamente con el territorio español, sino que la reinserción implica una reeducación que permita al individuo comportarse conforme a las pautas y convenciones de general cumplimiento en la convivencia entre personas. Aunque así pudiera derivarse de una interpretación literal estricta de la LOE, no se aprecia una clara justificación a la restricción del trabajo en prisión de los extranjeros sin autorización, como ha reconocido la propia Administración¹⁴⁸. Ese trabajo, derecho y deber del interno como se verá¹⁴⁹, implica el nacimiento de una relación laboral especial que lleva aparejada la inclusión en el Sistema de Seguridad Social.

Aun careciendo de autorizaciones, no se encuentra en situación irregular quien tenga obligación de permanecer en España. Así sucede, por ejemplo, ante la impugnación judicial de la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo cuando el Tribunal adopte medidas cautelares suspendiendo la expulsión del territorio. A riesgo de propiciar una «condena al extranjero a ser un trabajador ilegal como única vía de subsistencia»¹⁵⁰, parece lógico admitir la licitud de la residencia y eventualmente del trabajo en tales circunstancias, con la consiguiente inclusión en el Sistema, hasta que o bien se levante la suspensión o bien se resuelva el conflicto. La obligación de permanecer en España, aunque se trate de extranjeros sin autorización para residir, surge también en supuestos como la libertad condicional o el cumplimiento de condena en régimen abierto tras la concesión del tercer grado, entre otros¹⁵¹. La autorización de

de destino. A la postre, el Estado de destino «deberá hacer todo lo posible para permitirle la obtención de un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales, y deberá adoptar disposiciones que garanticen su manutención, en espera de su colocación en un empleo conveniente, o su establecimiento en otro lugar». En cualquier caso, esa previsión no parece exigir la incorporación del trabajador al Sistema de Seguridad Social, ni la dispensación de su acción protectora, pues esa manutención puede ser garantizada por otros medios, como la Asistencia Social.

¹⁴⁸ La sentencia que ordene el ingreso en prisión tiene validez como autorización para trabajar; vid. Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones de 4 de diciembre de 2002, publicada en Tribuna Social, nº 147, 2003, pp. 87-88.

¹⁴⁹ IX.4.

¹⁵⁰ Cfr. D. BLANQUER, *Asilo político en España*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 203.

¹⁵¹ La libertad condicional se encuentra regulada en los arts. 90 a 93 CP. Los arts. 80 y siguientes del Reglamento Penitenciario –aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero– prevén el régimen abierto. El art.

residencia no parece una exigencia razonable, en la medida que existe una imposición del Estado en orden a la permanencia en España; constituiría una auténtica aporía la sanción por la carencia de autorización para residir. La condena penal sustituye la necesidad de autorización administrativa para residir y, en tanto no se ordene la expulsión, el condenado se encontraría legalmente en territorio nacional¹⁵².

Además, la condena penal debe conllevar también la autorización para trabajar en tanto no se levante la prohibición de abandonar España. Como se dijo, la posibilidad de prestar servicios en prisión como recluso, surgiendo en consecuencia una relación laboral especial, parece indiscutible aun en ausencia de autorizaciones; y tampoco debe suscitar gran resistencia el trabajo en el exterior en supuestos de libertad condicional, régimen abierto o, en general, ante la obligación de permanecer en España. A la postre, el Estado compele al sujeto a permanecer en territorio español sin comprobación previa de medios de subsistencia. Por ello, debe entenderse que esa obligación implica una autorización tácita no sólo para residir, sino también para trabajar, pues de lo contrario el Estado quedaría exento de su obligación de alimentar al penado –al menos parcialmente en el régimen abierto–, no le permitiría acceder a una de las vías principales para obtener medios de subsistencia y le impediría abandonar el territorio nacional.

Desde la perspectiva de la reinserción social se llega a idéntica conclusión, ya que en esa situación de absoluta indefensión y desvalimiento una de las escasas posibilidades que se le presentan al sujeto es volver a delinquir, porque incluso el reingreso en prisión es una solución más práctica que la indigencia. No puede olvidarse que la finalidad de ese tipo de medidas, como explícitamente prevé el art. 82.3 del Reglamento Penitenciario respecto del régimen abierto, es la de «ayudar al interno a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad», propósito incumplido si se prohíbe el ejercicio de una actividad remunerada. El desempeño de una actividad laboral, como advierte el art. 86 de esa norma, serviría para facilitar la integración social.

96.3.3 CP, por su parte, contempla como medida de seguridad no privativa de libertad la obligación de residir en un lugar determinado, medida cuya duración no puede exceder de cinco años [art. 105.1.b) CP].

¹⁵² Incidentalmente podrían encontrarse argumentos similares en la STJCE Dogan (de 7-7-2005, asunto C-383/03), aunque en dicho supuesto el condenado era un nacional turco, cuyo régimen jurídico de residencia y trabajo en la UE resulta más favorable en virtud del Acuerdo de Asociación UE-Turquía de 12 de septiembre de 1963, y especialmente de la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación CE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980.

En la práctica, los problemas se han planteado respecto de la protección por desempleo. Como se sabe, es situación asimilada al alta a tales efectos «la liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional»¹⁵³, de modo que, reuniendo el período de carencia requerido, podría generarse el derecho a la prestación o, superando la privación de libertad los seis meses, al subsidio [art. 215.1.d) LGSS]. El extranjero que sea liberado por cumplimiento de condena deberá reunir las exigencias de la LOE, que a efectos de la prestación por desempleo no deberían limitarse a la autorización para residir, sino que también parece necesaria la autorización para trabajar. Es cierto que la jurisprudencia estimó en su día que la autorización de residencia era suficiente para causar y conservar la prestación por desempleo¹⁵⁴, pero la percepción de una prestación en esas circunstancias, y más tras la Ley 45/2002, desvirtúa por completo las obligaciones que se asumen, o deberían asumirse, en virtud del compromiso de actividad previsto en el art. 231 LGSS¹⁵⁵; en cualquier caso, el art. 38.3 b) LOE prevé que la autorización para trabajar debe renovarse por el tiempo indispensable mientras el extranjero esté percibiendo una prestación contributiva de desempleo¹⁵⁶, por lo que no parece que el supuesto pudiera reproducirse en la práctica, a salvo de ausencia de solicitud de renovación.

La libertad condicional sitúa la cuestión en un escenario diferente, puesto que el liberado está obligado a permanecer en España, y esa obligación ha de permitirle no sólo residir, sino también realizar una actividad profesional. De ese modo, podrá acceder a la prestación o subsidio por desempleo si acredita los correspondientes requisitos¹⁵⁷. Esta exención de las autorizaciones no se mantiene *sine die*, sino que tales exigencias recobrarán toda su virtualidad –no sólo para la protección por desempleo,

¹⁵³ Art. 2.f) RD 625/1985, de 2 de abril.

¹⁵⁴ Vid. SSTs de 21-12-1994 (Ar. 10349), y de 21 y 25-9-1995 (Ar. 6787 y Ar. 6887).

¹⁵⁵ Vid. A.M. MOLINA MARTÍN, "Controversias en torno a la protección por desempleo de los extranjeros no comunitarios", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1163-1167.

¹⁵⁶ Doctrinalmente se ha de defendido que el subsidio podría ser encuadrado en el apartado c) del art. 38.3 LOE, que prevé la renovación de la autorización para trabajar «cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma»; vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1168-1169.

¹⁵⁷ Vid. A. ELÍAS ORTEGA, *Prestación de desempleo: no exigencia a extranjero preso del requisito de residencia legal, mientras tenga que permanecer en España en situación de libertad condicional*, AS, nº 22, 2001, pp. 32-35.

sino con carácter general- desde el momento en que, transcurridos los pertinentes plazos, se consiga la libertad definitiva¹⁵⁸.

6- La situación del extranjero en las prestaciones no contributivas

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre¹⁵⁹, estableció las denominadas prestaciones no contributivas, que se dirigen a proporcionar asistencia ante estados de necesidad. En su origen, desde un punto de vista objetivo únicamente comprendían los riesgos de vejez, invalidez e hijos a cargo, y desde el plano subjetivo solamente amparaban a los españoles y a ciertos extranjeros. Las exclusiones por razón de nacionalidad no afectaban a los ciudadanos comunitarios, al menos desde que tales prestaciones pasaron a formar parte de las normas del derecho europeo con el Reglamento 1247/92¹⁶⁰. A partir de entonces, el art. 4.2 bis del Reglamento 1408/71 —en combinación con la libertad de circulación- ha legitimado a las personas comprendidas en su ámbito de aplicación para exigir el derecho «a las prestaciones especiales de carácter no contributivo» en las mismas condiciones que los españoles¹⁶¹.

En cuanto a los extracomunitarios, la Ley 26/1990 preveía dos regímenes diferenciados, que aún se mantienen en la letra del art. 7.5 LGSS, si bien con algún ligero retoque efectuado por la Ley de Acompañamiento de 1996¹⁶². Por un lado, ese precepto posibilita el acceso a estas prestaciones en condiciones de igualdad con los españoles de «los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan¹⁶³ en territorio español». La referencia a los portugueses debería haber sido ya suprimida, pues son ciudadanos comunitarios y por consiguiente titulares de la libre circulación¹⁶⁴.

Ese mismo art. 7.5 LGSS advierte que «con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o

¹⁵⁸ Vid. SSTSJ de Madrid de 19-10-2000 (AS 4356), de Cataluña de 29-10-2001 (AS 55/2002) y de Cantabria de 28-3-2003 (AS 2672).

¹⁵⁹ BOE del 22.

¹⁶⁰ El posterior Reglamento 1249/92 incluiría en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación.

¹⁶¹ Ese precepto ha sido modificado por el Reglamento 647/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, con objeto de proporcionar un nuevo concepto de prestación especial de carácter no contributivo.

¹⁶² Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

¹⁶³ «Y se encuentren legalmente» añadía la Ley 26/1990, mención suprimida en 1996 porque la residencia implica de por sí situación legal.

¹⁶⁴ Vid. M.I. RAMOS QUINTANA, *Derechos de los trabajadores extranjeros*, REDT, nº 86, 1997, pp. 889 y ss.

Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida»¹⁶⁵. La reciprocidad, como se ha dicho, fue suprimida para la modalidad contributiva a partir de la Ley 13/1996, pero se ha mantenido, al menos hasta la entrada en vigor de la LOE, como requisito para la percepción de prestaciones no contributivas¹⁶⁶. El carácter asistencial de este tipo de prestaciones, no ligadas al trabajo, sino a la residencia, y seguramente también el objetivo de no aumentar desproporcionadamente los costes del Sistema¹⁶⁷, llevó al legislador de 1996 a considerar que la equiparación total de los extranjeros no era conveniente¹⁶⁸.

La nacionalidad actuaba así como un condicionante que obstaculizaba el acceso de los extranjeros a las prestaciones no contributivas, en contra, según señalaba un sector de la doctrina científica, de la equiparación por razón de nacionalidad exigida por el Convenio nº 97 OIT¹⁶⁹, en concreto en su art. 6¹⁷⁰; la tendencia expansiva alcanzó a la doctrina judicial, que en algunos casos generalizó la protección no contributiva a toda persona que cumpliera el resto de los requisitos¹⁷¹, y en otros dedujo la reciprocidad de convenios internacionales aunque en puridad no comprendiesen las prestaciones no contributivas¹⁷². La opinión mayoritaria, empero, aceptaba la *voluntas legis*; por consiguiente, era menester acudir a los diferentes tratados y acuerdos internacionales entre España y países terceros a la UE (los convenios con Chile o Rusia, por ejemplo,

¹⁶⁵ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1174-1175.

¹⁶⁶ Vid. STSJ de Baleares de 26-9-1997 (Ar. 3441).

¹⁶⁷ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1173.

¹⁶⁸ En el mismo sentido, la prestación belga conocida como GRAPA (*garantie de revenus aux personnes âgées*, creada por una ley de 22 de marzo de 2001), que equivale a la pensión de vejez no contributiva española, mantiene las restricciones por nacionalidad, de modo que, con carácter general, sólo los belgas y los extranjeros titulares de la libre circulación tienen derecho a percibir tal prestación, sin perjuicio de los extranjeros que tengan reconocida la reciprocidad a través de un convenio internacional; vid. <http://www.onprvp.fgov.be/onprvp2004/FR/T/T a/T a b/T a b 01.asp#b>.

¹⁶⁹ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pp. 42-43.

¹⁷⁰ Precepto que exige a los Estados firmantes que reconozcan a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con la Seguridad Social.

¹⁷¹ Vid. STSJ de Cataluña de 19-7-1996 (AS 4178).

¹⁷² Así lo hicieron varios TSJ respecto de súbditos marroquíes. Sin embargo, las SSTS de 30-3 y 28-10-1999 (Ar. 3773 y 8413) y de 1-4-1998 (Ar. 2689) dejaron claro que mientras los dos Estados no lo aceptasen expresamente el Convenio Hispano-Marroquí no comprendía las prestaciones no contributivas; analiza la última sentencia A. MONTOYA MELGAR, *Comentario a la STS, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos*, RMTAS, nº 9, 1998, pp. 109 y ss.

las mencionan expresamente, amén del suscrito con la República Checa, miembro ya de la UE), o entre la propia UE y países terceros, y en último término al derecho interno del Estado correspondiente, para decidir qué extranjeros podían causar prestaciones no contributivas¹⁷³.

El recurso a normas internacionales generales resulta ineficaz, salvo excepciones, como el Convenio Europeo de Seguridad Social y su Acuerdo Complementario, de 14 de diciembre de 1972¹⁷⁴. El resto de normas internacionales de carácter general tienen menor incidencia. En este sentido, la equiparación entre extranjeros y españoles en materia de Seguridad Social que reconoce el Convenio nº 97 OIT parece limitada a los extranjeros regulares respecto de prestaciones de carácter contributivo. Varios son los datos que permiten obtener tal conclusión. En primer lugar, el Convenio (revisado) data de 1949, y entró en vigor el 22 de enero de 1952. Aunque los informes Beveridge ya se conocían, es claro que en aquel momento los sistemas contributivos imperaban en los países de la Europa continental; y eran estos países los principales receptores de mano de obra, y a los que, por consiguiente, se dirigía más específicamente el Convenio nº 97 OIT. Las prestaciones no contributivas, como tales, no existían en aquella época; cuestión distinta es que en algún país –Australia o Nueva Zelanda- se configurase un nivel asistencial que protegía a todo residente, pero no se trata en estos casos de prestaciones no contributivas, sino de otra filosofía de protección social completamente diferente.

El Convenio nº 97 OIT, además, no amparaba en general a los extranjeros, sino únicamente a los trabajadores migrantes. En el ámbito de la Seguridad Social la condición de trabajador apunta directamente a las prestaciones de carácter contributivo. De lo contrario se reconocería igualdad de trato en las prestaciones no contributivas únicamente a los extranjeros que pudieran ser calificados como trabajadores migrantes, mientras que podrían quedar excluidos quienes no ostentasen tal condición. Por razones evidentes, pues contradice su propia naturaleza, el desempeño de un trabajo no debería constituirse en requisito indispensable para generar prestaciones no contributivas. A la

¹⁷³ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1220-1229; J.F. BLASCO LAHOZ, *El derecho de los ciudadanos extranjeros a las pensiones no contributivas*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2000, pp. 17 y ss.

¹⁷⁴ El Convenio se aplica tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas (art. 2.2). El Anexo II, en el apartado correspondiente a España, confirma que el Convenio alcanza a los «beneficios no contributivos del Sistema de Seguridad Social»; vid. G. PERRIN, “Prestaciones no contributivas y

postre, el dato decisivo lo aporta el propio Convenio nº 97 OIT en su art. 6.b), cuando advierte expresamente que la igualdad de trato no alcanza a las prestaciones «pagaderas exclusivamente con los fondos públicos», ni tampoco a «las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal», requisitos ambos que están presentes en las prestaciones no contributivas del Sistema español de Seguridad Social¹⁷⁵. Por su parte, el Convenio 118 OIT de 1962 exige igualdad de trato respecto de las ramas de Seguridad Social que el propio Estado firmante establezca en el momento de la ratificación, por lo que la equiparación podría alcanzar a las prestaciones no contributivas; pero ese Convenio no ha sido ratificado por España.

Los convenios de carácter bilateral –entre Estados particulares, o entre la UE y un Tercer Estado- admitían en ocasiones una interpretación más amplia. El Acuerdo de Cooperación entre la CEE y Marruecos¹⁷⁶ fue el sustento principal que permitió al TJCE reconocer la equiparación de los marroquíes¹⁷⁷ con los ciudadanos comunitarios, y por ende con los españoles, a efectos de Seguridad Social, inclusive respecto de las prestaciones no contributivas¹⁷⁸. Los tribunales españoles han asumido esa doctrina, y han reconocido pensiones no contributivas de jubilación¹⁷⁹ o prestaciones por hijo a cargo¹⁸⁰ a ciudadanos marroquíes por haber trabajado en España, con base en el Acuerdo de Cooperación y no en el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social¹⁸¹. Los mismos argumentos, por cierto, justificarían la equiparación de los

legislación internacional en materia de Seguridad Social”, en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 38 y ss.; <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/078.htm>.

¹⁷⁵ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 78-80.

¹⁷⁶ Aprobado por Reglamento CEE 2211/1978, de 26 de septiembre (DOCE L 264/1).

¹⁷⁷ Vid. SSTJCE Kziber (de 31-1-1991, asunto C-18/90), Yousfi (de 20-4-1994, asunto C-58/93) y Hallouzi-Choho (de 3-10-1996, asunto C-126/95).

¹⁷⁸ Vid. I. REIG FABADO, *Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad de trato. Comentario a la STS, Social, de 2 de marzo de 2000*, AL, nº 38, 2000, pp. 651-652; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 47 y ss.

¹⁷⁹ Vid. STS de 30-3-1999 (Ar. 3773).

¹⁸⁰ Vid. STS de 28-10-1999 (Ar. 8413).

¹⁸¹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1184-1185; J.F. BLASCO LAHOZ, *El derecho de los ciudadanos extranjeros a las pensiones no contributivas*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2000, pp. 17 y ss.; I. REIG FABADO, *Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad de trato. Comentario a la STS, Social, de 2 de marzo de 2000*, Actualidad Laboral, nº 38, 2000, pp. 643 y ss.; A. MÁRQUEZ PRIETO, “La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS,

argelinos¹⁸², los tunecinos¹⁸³, los turcos¹⁸⁴ —que cuentan así con una equiparación por dos vías en atención al Convenio Europeo de Seguridad Social- y quizá incluso de los búlgaros y los rumanos¹⁸⁵; la Administración, en cualquier caso, exigía que el solicitante fuera o hubiera sido trabajador en España (aunque también podían acceder a esa protección los miembros de la familia del trabajador)¹⁸⁶.

Los nacionales de Estados que no se viesen beneficiados por la reciprocidad, o que no gozasen de la aplicación privilegiada del principio de igualdad de trato y no discriminación a partir de un convenio internacional, quedaban excluidos de la protección asistencial, a menos que se generalizasen determinadas interpretaciones judiciales, como la ofrecida por la STEDH *Gaygusuz v. Austria*¹⁸⁷; en ella, el TEDH defiende que los derechos de Seguridad Social deben ser considerados como derechos patrimoniales, más si cabe cuando la prestación solicitada, aunque asistencial, derive de cotizaciones previas; en tales casos, la prohibición de trato discriminatorio despliega a su juicio plenos efectos. En esos términos, las consideraciones de la sentencia *Gaygusuz* únicamente se ajustaban con comodidad, en el ordenamiento español, al subsidio por desempleo, de carácter asistencial, pero vinculado a un período de carencia previo. Las

Madrid, 1999, pp. 483 y ss.; P. CHARRO BAENA, *Prestaciones no contributivas: alcance de los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Magreb*, RL, nº 14, 1999, pp. 52 y ss.

¹⁸² Vid. STJCE *Krid* (de 5-4-1995, asunto C-103/94), interpretando el Reglamento (CEE) nº 2210/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, que contiene el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Argelina Democrática y Popular.

¹⁸³ El Reglamento (CEE) nº 2212/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, contiene el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Tunecina; aceptando la equiparación, vid. Resolución de 5 de enero de 2000 de la Dirección General del INSS.

¹⁸⁴ El Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía fue firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara, y fue celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidades mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963. Completa el cuadro la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación CE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias; vid. STJCE *Sürül* (de 4-5-1999, asunto C-262/1996) y Resolución de la Dirección General del INSS de 5 de enero de 2000, publicada en *Tribuna Social*, nº 110, 2000, pág. 85.

¹⁸⁵ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, "El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1224-1226.

¹⁸⁶ Vid. Resolución de la Dirección General del INSS de 30 de junio de 1999, publicada en *Tribuna Social*, nº 104-105, 1999, pp. 58-61.

¹⁸⁷ En dicha sentencia, de 16 de septiembre de 1996, el TEDH concedió una prestación de ingresos mínimos a un ciudadano turco que había estado percibiendo la prestación por desempleo en Austria hasta que ésta se había agotado. La ley austriaca limitaba el acceso a la citada prestación de ingresos mínimos a los nacionales austriacos, y esa restricción fue considerada por el TEDH como contraria al principio de igualdad exigido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que la percepción de esa prestación estaba vinculada indirectamente a previas cotizaciones, con lo que no había un elemento objetivo que permitiese excluir al demandante; vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz*, REDT, nº 95, 1999, pp. 391 y ss.

prestaciones no contributivas debían quedar al margen de esa consideración de derechos patrimoniales.

Sin embargo, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre el particular, en relación con una prestación francesa de auténtico carácter no contributivo¹⁸⁸. De forma un tanto generosa, concibe también estas prestaciones como derechos de carácter patrimonial, extendiendo a las mismas el derecho a la no discriminación y, por consiguiente, admitiendo que pueda causarlas toda persona con independencia de su nacionalidad, al no apreciar una razón objetiva y razonable que justifique restricciones de esa índole¹⁸⁹.

Las tensiones entre la normativa interna, siempre reticente, y los deseos aperturistas¹⁹⁰ en ámbitos internacionales confluyeron finalmente con la LOE¹⁹⁰. La relación entre sus arts. 10 y 14, o, más concretamente, la articulación de las referencias que ambos realizan a la Seguridad Social, tan problemática en su conexión con el art. 36.3 del mismo texto legal respecto de la modalidad contributiva, apenas presenta dificultades en las prestaciones asistenciales. El art. 10 LOE establece que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Por su parte, el art. 14.1 LOE admite que «los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles». Con independencia de que el art. 10 deba ser considerado un marco general y el 14 una especificación, o que el art. 10 se refiera únicamente a las prestaciones contributivas y el 14 a las no contributivas¹⁹¹, el derecho de los extranjeros a percibir prestaciones no contributivas queda reconocido a partir de la LOE a todos ellos en condiciones de igualdad, siempre que residan legalmente en España.

¹⁸⁸ Vid. STEDH Koua Poirrez v. Francia, de 30-3-2003.

¹⁸⁹ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 125 y ss.

¹⁹⁰ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 144.

¹⁹¹ Vid. C. MOLINA NAVARRETE y G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Nuevo régimen jurídico de «extranjería» e «inmigración» en España: análisis y valoración de la reforma*, RTSS (CEF), nº 219, 2001, pp. 27 y ss.

Desde esta perspectiva, la LOE ha supuesto la derogación tácita del art. 7.5 LGSS¹⁹², o al menos lo ha vaciado de contenido¹⁹³, pues ese precepto resulta incompatible con la nueva configuración del derecho de los extranjeros a la Seguridad Social. Probablemente, del art. 10 LOE no se puede extraer que todos los extranjeros gozan de la posibilidad de disfrutar de una pensión no contributiva, pero el art. 14 deja poco margen para la incertidumbre. La remisión genérica que efectúa el art. 14.1 LOE a las «prestaciones y servicios de la Seguridad Social» incluye, sin duda posible, las prestaciones no contributivas¹⁹⁴.

En el contexto actual, cualquier persona puede acceder a una prestación no contributiva en el Sistema español siempre que cumpla los requisitos particulares fijados en cada caso¹⁹⁵. La necesidad de ser extranjero «residente» supone que es necesario haber obtenido la pertinente autorización para residir como paso previo al disfrute de los beneficios del Sistema¹⁹⁶. El art. 14 LOE así lo advierte, e insiste en ello

¹⁹² Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1233; C. GALA DURÁN, “Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: Análisis de una nueva realidad”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1313-1315; J.A. MALDONADO MOLINA, “Sujetos beneficiarios”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 223-225; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 74-75; J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, “La protección de Seguridad Social a los alógenos”, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, pág. 99; M. MORENO PUEYO, *Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española*, RTSS (CEF), n° 257-258, 2004, pág. 136.

¹⁹³ Aunque hay quien defiende su aplicación residual para extranjeros en situación irregular; vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 71 y ss.

¹⁹⁴ Vid. S. OLARTE ENCABO, *Seguridad Social no contributiva y ciudadanos extranjeros. El subsidio por desempleo vinculado a cargas familiares. STS (Sala de los Social) de 11 de abril de 2000 (RJ 3435)*, TL, n° 59, 2001, pp. 326-329; J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, n° 133, 2002, pág. 29; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 78-82; M. SERRANO ARGÜESO, “Las modificaciones de la Ley de Extranjería en los aspectos sociales ¿retroceso o adaptación al derecho europeo?”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 423-424; M.R. MARTÍNEZ BARROSO y R. TASCÓN LÓPEZ, *El extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las SSTs de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “Ley de extranjería”*, Información Laboral (Jurisprudencia), n° 14, 2004, pág. 13; C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español*, Foro de Seguridad Social, n° 2, 2000, pp. 66-67.

¹⁹⁵ En este sentido, vid. STSJ de Cantabria de 28-3-2003 (AS 2672).

¹⁹⁶ Aunque en ocasiones se ha presumido la residencia legal en un determinado período cuando en los períodos inmediatamente anterior y posterior sí se estaba en posesión de la pertinente autorización; vid. STSJ de Cataluña de 28-1-2004 (JUR 91065).

la regulación de cada una de las prestaciones no contributivas¹⁹⁷; el art. 144 LGSS, en referencia a la pensión de invalidez, el art. 167 LGSS, en cuanto a la pensión de jubilación, y los arts. 182, 185 y 187, en materia de prestaciones familiares, configuran expresamente como requisito la residencia legal en España, sin que la normativa internacional ofrezca sustento sólido para una interpretación diferente¹⁹⁸.

Por consiguiente, es imprescindible la autorización para residir, no siendo necesario ni suficiente el empadronamiento¹⁹⁹. La mera estancia del art. 30 LOE no equivale a la residencia, puesto que la estancia se configura como una situación transitoria de la que no surge el derecho a causar prestaciones de Seguridad Social, al margen en su caso de la asistencia sanitaria²⁰⁰. Tampoco se podrá computar a estos efectos la simple permanencia. Aunque sea un factor con relevancia en la obtención de un permiso de residencia temporal (art. 31.3 LOE), no constituye una situación regularizada susceptible de tomar en consideración a efectos de reunir el período de carencia de las pensiones no contributivas²⁰¹. Por el contrario, los períodos de residencia “dependiente” de los familiares reagrupables²⁰² deberían ser valorados, porque la residencia en este caso respeta los condicionamientos legales, la vocación de permanencia es clara, y la causa por la que se haya obtenido la autorización para residir debería ser indiferente; de este modo, si se acreditan los oportunos requisitos no habría obstáculo para el disfrute de esa clase de prestaciones. Distinta es la situación de los familiares de estudiantes. Como advierte el art. 89 del Reglamento de Extranjería²⁰³, su permanencia en España constituye una estancia y no una residencia, con lo que ese

¹⁹⁷ Vid. D.T. KAHALE CARRILLO, *El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004; M. MOYA ESCUDERO y R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 236 y ss.

¹⁹⁸ Vid. C. GALA DURÁN, “Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: Análisis de una nueva realidad”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1316-1317.

¹⁹⁹ El empadronamiento puede convertirse en un medio de prueba posible de la residencia, aunque no el único; vid. SSTSJ de Madrid de 22-7-1999 (AS 2178), de Galicia de 25-5-2000 (AS 1261), de Cataluña de 9-7-2002 (AS 2872), de la Comunidad Valenciana de 18-12-2002 (JUR 208233/2003) y de Cantabria de 28-3-2003 (AS 2672).

²⁰⁰ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1178-1179.

²⁰¹ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1238-1239; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Las prestaciones familiares”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 580-581.

²⁰² Arts. 16 y ss. LOE.

²⁰³ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

tiempo no puede alegarse para causar una prestación de Seguridad Social, que se sirve de un concepto de «residencia» en un sentido netamente técnico²⁰⁴; con todo, la STJCE Sürül²⁰⁵ permitiría sustentar una interpretación diferente.

El hecho de que la residencia se haya convertido en un criterio fundamental de concesión y percepción de las pensiones no contributivas podría suponer, en opinión de algunos autores, un factor de discriminación indirecta, por la dificultad que tendrían ciertos extranjeros para acreditar amplios períodos de residencia en España, amén de la imposibilidad de conservación si deciden retornar a su país de origen²⁰⁶. Sin embargo, no parece desproporcionado exigir una cierta vinculación entre el solicitante de una pensión no contributiva, sea español o extranjero, y el Estado que la concede y sufraga. La reducción de los períodos de residencia podría generar efectos perversos, como el “turismo social”, alentado por la generosidad del sistema de Seguridad Social del Estado en cuestión. La necesidad de acreditar un período previo de residencia no resulta de por sí una exigencia discriminatoria y viene amparada por el principio de solidaridad²⁰⁷, y más cuando dichos períodos son de extensión razonable, como en el caso español (cinco años para la pensión de invalidez y diez para la pensión no contributiva de jubilación, concordantes, e incluso inferiores con los períodos de carencia exigidos en la modalidad contributiva)²⁰⁸.

Por consiguiente, los extranjeros en situación regular tienen derecho a las prestaciones no contributivas en las mismas condiciones que los españoles. Pero la LOE no impide el establecimiento de medidas dirigidas exclusivamente a españoles cuando

²⁰⁴ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1239-1240.

²⁰⁵ De 4-5-1999, Asunto C-262/1996.

²⁰⁶ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1178-1179; X. SOLÀ MONELLS, *Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 70; B. GONZALO GONZÁLEZ, *Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, RMTAS, nº 2, 1997; E. GARRIDO PÉREZ, “La noción de trabajador beneficiario de los Reglamentos Comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 90.

²⁰⁷ Vid. A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pág. 96.

²⁰⁸ Los sistemas de inspiración *beveridgeana*, que conceden una prestación de ingresos mínimos a todo residente, llegan a fijar períodos de carencia mucho más elevados (hasta cuarenta años de residencia se exigen en Dinamarca para disfrutar de la pensión de jubilación máxima, y veinte en Gran Bretaña para causar una prestación por gran invalidez –*severe disablement*–); vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pp. 63 y 142; A. TRIER, “La protection sociale des agents publics en Danemark”, en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993, pp. 123 y ss.

se acredite una justificación objetiva y razonable. El Sistema español de Seguridad Social recurre habitualmente a la nacionalidad para dispensar protección a los emigrantes españoles, ya sea en el país de destino o en España tras su retorno²⁰⁹. Son medidas dirigidas a paliar estados de necesidad de los ciudadanos españoles, a diferencia de las prestaciones no contributivas, que remedian estados de necesidad de los residentes en España.

La restricción por razón de nacionalidad en el subsidio por desempleo para emigrantes retornados ha suscitado dudas doctrinales²¹⁰ y judiciales²¹¹ sobre su compatibilidad con el Derecho Comunitario, que podrían extenderse a esas prestaciones asistenciales para emigrantes. Sin embargo, el recurso a la nacionalidad española debe entenderse efectuado en sentido estricto. Los ciudadanos comunitarios pueden recibir un trato diferente a los españoles por razones objetivas, razonables y proporcionadas que no limiten la libre circulación. La protección de emigrantes españoles es sin duda una de esas diferencias justificadas. El emigrante es, al menos en su acepción clásica, el nacional de un Estado que debe abandonarlo en busca de mejor fortuna tanto para él, como, habitualmente, para su familia. La extensión de ese concepto a los no nacionales genera una profunda distorsión, y exige reinventar la propia noción, en orden a determinar cuánto tiempo de residencia, y en su caso de trabajo, necesita un extranjero para poder ser considerado como emigrante “español” –por asimilación derivada del arraigo- si decide abandonar España; y, eventualmente, cuándo y en qué condiciones ha de volver para ser considerado «emigrante retornado». Una equiparación de esa índole requiere norma expresa, y no parece que el reconocimiento genérico de la igualdad y no

²⁰⁹ V.7.

²¹⁰ Vid. J.M. MIRANDA BOTO, “Ciudadanos comunitarios y subsidio para emigrantes retornados”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1265 y ss.; M. ROJAS CASTRO, *El Decretazo y el retorno de los emigrantes*, AS, Tomo V, 2002, pp. 757-758; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “La reforma del subsidio de desempleo para emigrantes retornados”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1362-1365; P. GETE CASTRILLO, *El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas*, RL, Tomo I, 2003, pp. 329-330. Extendiendo el derecho incluso a los extracomunitarios por la equiparación general de la LOE, vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Crítica a la nueva regulación del subsidio para emigrantes retornados”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1242-1244; también cabe deducir esa interpretación en A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 56.). Inciden nuevamente en la cuestión «a efectos puramente polemizadores», C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y J.M. MIRANDA BOTO, *El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate*, TL, nº 74, 2004, pp. 114 y ss.

²¹¹ Vid. STSJ de Murcia de 26-3-1993 (AS. 1573), que no se basaba en el Reglamento 1408/71, sino en el Acuerdo Provisional Europeo sobre Seguridad Social de 11 diciembre 1953 y en su Protocolo Adicional de la misma fecha, ratificados por Instrumento de 9 diciembre 1986.

discriminación a nivel comunitario, o en la propia LOE, constituyan amparo suficiente para tal pretensión²¹².

Más discutible resulta la exigencia de ostentar la nacionalidad española de origen para causar ciertas prestaciones²¹³. La única diferencia entre los españoles de origen y aquéllos que han adquirido la nacionalidad *a posteriori* estriba en la posibilidad de ser despojado de ella: mientras que los españoles de origen no pueden sufrir esa pérdida (art. 11.2 CE), el art. 25 CC recoge las causas por las que pueden ser privados de la nacionalidad española quienes la hayan adquirido por derivación. Por lo demás, el art. 14 CE deja claro que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Vincular beneficios de Seguridad Social al carácter originario o derivado de la nacionalidad española no resulta jurídicamente admisible, salvo, quizás, en los supuestos de doble nacionalidad en los que se hubiera emigrado, o más bien retornado, al Estado del que se partió.

7- Los extranjeros en situación irregular: la perspectiva internacional

El Sistema de Seguridad Social no contempla explícitamente la incorporación de los extranjeros en situación irregular –como tampoco se hace en el resto de Europa²¹⁴, conclusión a la que se llega tanto desde el art. 7 LGSS como por la vía de los arts. 10 y 14 LOE. Sin embargo, tras la aprobación de la LOE un importante sector de la doctrina científica encontró razones para propugnar otra interpretación, y sus argumentos han tenido cierta acogida en sede judicial, incluso en el propio TS. En algunos casos la LOE ha permitido construcciones novedosas, puntos de apoyo desconocidos con anterioridad para justificar esas tesis. En otros, se han rescatado planteamientos clásicos, e incluso se ha recurrido a reinterpretaciones pretendidamente contextuales.

En línea de principio, el inmigrante puede gozar de derechos por tres vías diferentes, como en su día reconoció el TC; a saber: en su condición pura y simple de persona, como extranjero residente en el territorio español y, en su caso, por la

²¹² Conviene recordar que la prestación por ancianidad se extingue por «renuncia a la nacionalidad española», a tenor del art. 13.b) RD 728/1993, en la redacción dada por el RD 1612/2005, de 30 de diciembre.

²¹³ Art. 2 RD 728/1993, de 14 de mayo, respecto de las pensiones asistenciales de ancianidad, y art. 1 Ley 3/2005, de 18 de marzo, en relación con las prestaciones concedidas a los denominados «niños de la guerra».

condición de trabajador²¹⁵. Sobre las dos últimas categorías de derechos, y fundamentalmente la última, el Estado tiene un gran margen de disposición; por el contrario, sus posibilidades de actuación sobre los derechos humanos son más restringidas. Como recuerda la STC 95/2000, de 10 de abril, los extranjeros gozan en España, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)²¹⁶.

En lo que aquí interesa, y tomando como base esa distinción, resulta tentador recurrir a determinados pactos internacionales, pues mirados desde la óptica adecuada - o la más conveniente para alcanzar un determinado fin- de ellos se podría desprender que el derecho a la Seguridad Social pertenece a aquéllos inherentes a la persona en cuanto tal. Propician esas interpretaciones algunos de los instrumentos con mayor carga simbólica de la historia reciente, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre²¹⁷, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹⁸, la Carta Social Europea²¹⁹, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales

²¹⁴ Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 394 y ss.

²¹⁵ Vid. STC 107/1984, de 23 de noviembre.

²¹⁶ Vid. C. PICÓ LORENZO, "Derechos Fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo de los extranjeros como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo", en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 19 y ss.

²¹⁷ A tenor de su art. 22 «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». El art. 23 añade que la remuneración procedente del trabajo deberá ser «completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social». El art. 25 es más concreto, al advertir que toda persona «tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad». Esos tres preceptos deben ser puestos en relación con el art. 2 de esa Declaración, a tenor del cual «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

²¹⁸ Según su art. 9, «los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social»; el art. 10 contiene alguna mención más específica, dirigida a la protección de la familia, de la maternidad y de la infancia. Esos derechos deben ser garantizados por los Estados «sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.2).

²¹⁹ El Principio 12 de la Parte I de la Carta Social Europea consigna como un objetivo prioritario de los Estados Parte el establecimiento de los medios para conseguir que «todos los trabajadores y las personas a su cargo [tengan] derecho a la Seguridad Social»; por su parte, el art. 12 de la Parte II exige a los Estados la adopción de medidas tendentes a conseguir «la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social»; vid. M.

de los Trabajadores de 1989²²⁰ o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000²²¹ –incorporada al Proyecto de Constitución Europea²²², entre otros²²³. Incluso se ha traído a colación el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²²⁴.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación*, RPS, nº 118, 1978, pp. 24 y ss.

²²⁰ Su art. 34 reconoce el derecho a la Seguridad Social a toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la UE; ahora bien, ese derecho viene supeditado a lo que disponga el Derecho Comunitario y «las legislaciones y prácticas internacionales»; vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La declaración de derechos sociales comunitarios*, RL, Tomo II, 1989, pp. 48 y ss.; A. MARTÍN VALVERDE, *Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea*, AL, Tomo II, 2004, pp. 2296 y ss.; J.L. MONEREO PÉREZ, *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, REDT, nº 56-57, pp. 843 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996, pp. 311 y ss.; J.L. MONEREO PÉREZ, “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Caracterización técnica y significación «jurídica» y política”, en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coord.), *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1992, pp. 261 y ss.; M. COLINA ROBLEDO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 359-361; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El reconocimiento de los derechos sociales en la UE*, RL, nº 12, 1995, pp. 7-10; F. VALDÉS DAL-RÉ, “La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 17 y ss.; L.E. DE LA VILLA GIL, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RMTAS, nº 32, 2001, pp. 13 y ss.; G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux*, Droit Social, nº 1, 2001, pp. 69 y ss.; S. SCIARRA, *Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, TL, nº 62, 2001, pp. 9 y ss.; U. ZACHERT, *Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, TL, nº 65, 2002, pp. 10 y ss.; J.L. GIL Y GIL y T. USHAKOVA, *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RL, nº 8, 2003, pp. 93 y ss.; E.A. GARCÍA SILVERO, *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RL, nº 15-16, 2002, pp. 167 y ss.

²²¹ En su art. 32 dispone que la UE «reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad, enfermedad, accidente laboral, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales»; además, reconoce la igualdad de trato en materia de Seguridad Social y asistencia sanitaria entre los trabajadores migrantes y sus familias respecto de los nacionales del país de acogida; por último, contempla la asistencia social, en una fórmula amplia que incluiría prestaciones no contributivas, destinadas a «garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes»; vid. C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, “La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito regional: el Consejo de Europa”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 113 y ss.

²²² Art. II-94.

²²³ El artículo 11 de la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social establece como objetivo principal para el progreso social «la provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo».

²²⁴ Vid. T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos sociales y sindicales en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales*

Sin necesidad de un análisis profundo, resulta evidente que el Sistema español de Seguridad Social no atiende de forma escrupulosa a las prescripciones que parecen derivarse de esos textos. La universalidad subjetiva constituye un anhelo, el faro que incluso por imperativo constitucional ha de guiar al legislador en la evolución del Sistema, pero no una realidad. No lo es en estos momentos, y tampoco lo era cuando se aprobaron esas normas internacionales, o la propia Constitución. Por consiguiente, se ha podido producir un incumplimiento de los compromisos internacionales suscritos; es más, llevando la interpretación al extremo, podría defenderse que el Sistema español de Seguridad Social vulnera los Derechos Humanos al no permitir la incorporación al Sistema de toda persona²²⁵.

Sin embargo, el derecho a la Seguridad Social no puede ser considerado, en sí mismo, como uno de los Derechos Humanos²²⁶, porque ello supondría, en cierta medida, banalizar esos derechos²²⁷; quizá sí pudiera alcanzar tal consideración de forma mediata, como parte del derecho a la vida o a la integridad física —y en relación con la asistencia sanitaria—, pero no autónomamente²²⁸. A la postre, «más de la mitad de la población mundial (trabajadores y sus dependientes) están excluidos de cualquier tipo de protección obligatoria de la Seguridad Social»²²⁹.

Una valoración crítica de la dimensión y alcance del contenido de esos acuerdos internacionales no permite extraer consecuencias tales como la inclusión de todo extranjero en la Seguridad Social. Los sistemas de Seguridad Social suponen un coste económico de dimensiones considerables para los Estados, y por ello las decisiones sobre el aumento o reducción de su ámbito subjetivo requieren estudios exhaustivos centrados en el caso concreto. Resulta inconcebible, en la actualidad, que una norma

asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico, RTSS (CEF), nº 228, 2002, pp. 61 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 137 y ss.

²²⁵ Algunas Constituciones recientes reconocen el Derecho a la Seguridad Social como uno de los Derechos Humanos. El art. 50 de la Constitución eslovena de 1991 puede servir como ejemplo; vid. A. BUBNOV-ŠKOBERNE, “*Organization of social security systems in Slovenia*”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994, pp. 275 y ss.

²²⁶ En sentido contrario, vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 23-24.

²²⁷ Vid. J. MOULY, *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme*, Droit Social, nº 9-10, 2002, pág. 805.

²²⁸ Vid. G. DIÉGUEZ CUERVO, *Derechos humanos en el orden laboral y social*, REDT, nº 53, 1992, pp. 325 y ss.

²²⁹ Cfr. W. VAN GINNEKEN, “*Superación de la exclusión social*”, en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000, pág. 1. En el

internacional pudiera exigir a los sistemas de Seguridad Social la inmediata consecución de la universalidad subjetiva, pues una imposición de tal calibre requeriría en ciertos casos la remodelación completa del sistema, o incluso una construcción *ex novo*, por el cambio radical de filosofía.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el resto de grandes declaraciones de principios que reconocen la universalidad del ámbito subjetivo han contribuido a cimentar, en coyunturas históricas muy delicadas, las bases que sustentan actualmente la convivencia entre los Estados. Su valor simbólico resulta incuestionable²³⁰, pero jurídicamente no son vinculantes, ya que contienen meras declaraciones programáticas o de principios²³¹. Los Estados se comprometen a tomar en consideración los derechos reconocidos en esos instrumentos, pero ello no se traduce en obligaciones jurídicas concretas, y menos en un campo tan sensible como el de la Seguridad Social²³². El derecho a la Seguridad Social, así como los derechos de contenido social, presentan en muchos casos una más que notable especialización, que obliga a abordar con cautela aproximaciones desde una perspectiva demasiado genérica²³³.

En palabras de la STC 77/1995, de 22 de mayo, entre otras, esos Convenios o Tratados no constituyen un «canon autónomo de la validez de las normas o los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; el canon está integrado por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad»²³⁴. No se puede olvidar, además, que muchos de esos textos fueron aprobados en un momento en el que la emigración era consecuencia de conflictos bélicos o persecuciones políticas, lo

mismo sentido, vid. C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, pp. 75 y ss.

²³⁰ Y pueden servir de espoleta para una nueva orientación de las políticas estatales, como señala M.E. CASAS BAAMONDE, "Empleo y protección social en Europa. ¿Qué lugar para los extranjeros?", en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2000, pp. 73 y ss.

²³¹ Vid. M.L. NEBOT LOZANO, *La Carta Social Europea*, RSS, nº 14, 1982, pág. 141; C.M. DÍAZ BARRADO, "La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa"; en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996, pp. 231 y ss.; I. DURÉNDEZ SAEZ, *Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España*, REDT, nº 120, 2003, pág. 235.

²³² Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 399 y ss.

²³³ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 31.

²³⁴ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la carencia específica de la jubilación: cotizaciones computables para un requisito inexplicable", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 157-160.

que derivaba en un reconocimiento de derechos a los extranjeros sin apenas trabas²³⁵. Son elementales consideraciones humanitarias y de solidaridad las que avalaban soluciones de esa índole. Sin embargo, las migraciones económicas, generalizadas a partir de la segunda mitad del siglo XX, conforman un escenario diferente, pues su carácter no es coyuntural, sino estable y creciente, a medida que se amplían las diferencias entre el mundo rico y el pobre. La capacidad de un Estado para asumir una afluencia masiva y regular de inmigrantes no es ilimitada, y así se justifican los controles administrativos de entrada, residencia y trabajo y, por extensión, la restricción de beneficios sociales.

En realidad, el objetivo de esas grandes declaraciones «se centra más bien en obligar a todos los Estados y Gobiernos al reconocimiento de unos derechos básicos en relación con sus ciudadanos [...], que es el ámbito natural de sus decisiones y sus actuaciones políticas»²³⁶. Para conseguir la aceptación general han sido redactados de forma general e imprecisa, están dotados de «una flexibilidad que los hace viables, pero a costa de neutralizar en alto grado su eficacia», y adolecen de «una difusa orientación por objetivos»²³⁷. A la postre, el art. 10 CE y el art. 3 LOE remiten a esas normas como criterio interpretativo únicamente respecto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas establecidas en la CE. El derecho a la Seguridad Social, por su ubicación sistemática (art. 41 CE), no puede encuadrarse en ninguna de esas categorías, pues resulta ser, al menos en el ordenamiento español, un mero principio rector de la política social y económica²³⁸.

²³⁵ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Contrato de trabajo de extranjeros”, en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 222-223; J.L. MOLÉS MONTOLIÚ, “Derecho de los extranjeros al trabajo y a la Seguridad Social en la LO 4/2000, de 11 de enero y en su reforma por lo 8/2000, de 22 de diciembre”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 908-909.

²³⁶ Cfr. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 31.

²³⁷ Cfr. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, pág. 110.

²³⁸ En Italia, el art. 2 Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998 comienza reconociendo a todos los extranjeros «*i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*» (apartado 1). Sin embargo, los derechos laborales reconocidos en el Libro V del *Codice Civile* (los arts. 2114 y ss. se refieren a la *previdenza ed assistenza obbligatorie*) y en normas específicas como el *Statuto dei Lavoratori* se reconocen únicamente a «*i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti*» (apartados 2 y 3). La regularidad conlleva, por ende, la equiparación de derechos con los nacionales; vid. G. CARDONI, “*Il regime previdenziale dei lavoratori extracomunitari*”, en R. PESSI, *La riforma del sistema previdenziale*, CEDAM, Pádova, 1995, pp. 345 y ss. Por su parte, la *Cour de Cassation* francesa, en su sentencia de 20-1-2000, *CPAM Val-de-Marne c/ M. Moussa Camara (arrêt nº 259 P+B: Juris-Data nº 000195)*, consideró que la expiración del permiso de residencia no era obstáculo para el mantenimiento de la afiliación voluntaria en el denominado «aseguramiento personal» (*assurance personnelle*). No obstante, dicho seguro fue suprimido con efectos de 1 de enero de 2000. La situación regular, por

Como excepción, el art. 25 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, reconoce a los trabajadores migrantes el derecho a la no discriminación laboral, y explícitamente su apartado 3 requiere de los Estados firmantes la adopción de «todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo». Añade, asimismo, que «los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades».

El art. 25 parece limitarse al ámbito estrictamente laboral, pues esa Convención dedica el art. 27 a la Seguridad Social, precepto que concede al migrante y a su familia el derecho a la igualdad de trato cuando se acredite el cumplimiento «de los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables», lo que remite a la situación regular. Comoquiera que ese art. 27 no efectúa precisiones análogas a las del art. 25 respecto a los irregulares, no parece que el sistema de Seguridad Social quede obligado a responder en tales casos. Una interpretación amplia, mediante la que todos los migrantes, con independencia o no de su situación regular, puedan acceder al sistema, no parece conciliar bien con la limitación del art. 25 de la Convención a materias propiamente laborales; el art. 27, por comparación, carece del mismo alcance, pues responsabilizar al empresario de deudas salariales, y del resto de obligaciones laborales, por la contratación de un extranjero en situación irregular no tiene las mismas connotaciones que atribuir responsabilidad al sistema de Seguridad Social, ya que ni siquiera el título de imputación –no hay relación previa, ni siquiera fáctica como sí ocurre entre empresario y trabajador- está definido.

Esa Convención, que entró en vigor el 1 de julio de 2003, no ha sido ratificada por España, ni por ningún otro Estado de la UE ni del llamado Primer Mundo²³⁹; en

consiguiente, también se exige en el Sistema francés; no en vano, el art. L115-7 *Code de la Sécurité Sociale* obliga a las entidades gestoras a comprobar periódicamente la regularidad de la residencia en Francia de los extranjeros. Acerca del *assurance personnelle*, vid. Y. SAINT-JOURS, *Le droit de la Sécurité Sociale*, Tomo I, Segunda Edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1984, pp. 95 y ss. Sobre la necesidad de acreditar situación regular, vid. S. SEGUES y A. TOULLIER, *L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales*, *Droit Social*, nº 6, 2005, pp. 665 y ss.

²³⁹ La Convención, con sus declaraciones y reservas, así como también su lista de ratificaciones, puede consultarse en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm.

realidad, únicamente países africanos, asiáticos y algún Estado de América del Sur, países netamente de emigración en definitiva, han firmado ese Convenio²⁴⁰. Los Estados de inmigración, en general, contemplan con mucho recelo la eventual equiparación de derechos entre regulares e irregulares por el «efecto llamada» que pudiera generar. Téngase en cuenta, no obstante, que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Convención internacional para los trabajadores migratorios», de 29 de enero de 2004²⁴¹, insta a los Estados Miembros de la UE a ratificar dicha Convención, con objeto de perfeccionar la protección de los Derechos Humanos, que han de ser reconocidos a toda persona con independencia de su situación administrativa.

Desde una perspectiva más específica y centrada en lo social, la OIT ha defendido desde hace décadas la equiparación de los extranjeros y los nacionales en materia de Seguridad Social. Esa línea de actuación ya se anunciaba en el Anexo III de la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, que contiene los fines y objetivos de la OIT; se advertía entonces que la OIT asumía el compromiso de fomentar programas «que permitan extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa». No es de extrañar, por tanto, que la OIT se haya ocupado de la Seguridad Social con especial mimo, y que sus primeras actuaciones fueran dirigidas a paliar las situaciones de necesidad provocadas por la actualización de riesgos sociales. En este sentido, el Convenio nº 2 OIT exige la igualdad de trato en materia de protección por desempleo.

Entre la pluralidad de convenios de la OIT sobre Seguridad Social destaca el nº 97 sobre trabajadores migrantes. En su art. 6, ese Convenio exige un trato no discriminatorio en materia de Seguridad Social entre los nacionales y los «inmigrantes que se encuentren legalmente» en el territorio del Estado, por lo que asume también la distinción entre situación regular e irregular. El Convenio nº 97 cuenta con disposiciones complementarias, recogidas en el Convenio nº 143 OIT, que contempla el supuesto de la inmigración ilegal, pero no ha sido ratificado por España. Al margen de imponer a los Estados el deber de luchar contra las migraciones clandestinas, el Convenio nº 143 reconoce expresamente la existencia de dos situaciones en materia de

²⁴⁰ La legislación interna de esos Estados contiene exigencias similares a las establecidas en los países receptores de inmigrantes, con consecuencias prácticamente idénticas; a modo de ejemplo, el Decreto nº 95-98, por el que se aprueba la Ley de Migración Guatemalteca, deja claro en su art 43 que «los extranjeros que obtengan residencia temporal o permanente y que deseen trabajar en relación de dependencia, deberán hacerlo en actividades lícitas y estarán obligados a obtener la correspondiente autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión social».

²⁴¹ 2004/C 302/12.

extranjería, pues los extranjeros pueden residir y trabajar cumpliendo los requisitos y condiciones exigidos por el Estado receptor, o bien hacerlo en situación irregular.

El art. 10 de ese Convenio deja claro que el alcance de la igualdad de trato en materia de Seguridad Social se ciñe a los supuestos de cumplimiento de los requisitos impuestos para residir y trabajar legalmente en el país de acogida; no en vano, el art. 11 define al trabajador migrante como la persona que ha sido «admitida regularmente» como tal. Sin embargo, el art. 9 contiene una precisión que podría alentar el acceso a la Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular, al advertir que «el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios»²⁴². Idéntica previsión se contiene en la Recomendación nº 151, de 1975, sobre los trabajadores migrantes, pero ese instrumento no resulta vinculante.

Más concreto es el Convenio nº 118 OIT, que se centra exclusivamente en la igualdad de trato en materia de Seguridad Social. En buena lógica, su art. 3 exige que el Estado firmante conceda a los extranjeros el mismo trato que dispensa a sus nacionales, si bien expresamente se permite el trato desigual en ausencia de reciprocidad. El art. 4, por su parte, considera que la igualdad de trato no puede estar supeditada a una «condición de residencia», salvo que ese requisito sea exigido también por el Estado del que es nacional el solicitante de la prestación. Este convenio, en cualquier caso, tampoco ha sido ratificado por España.

Junto a estos Convenios más generales, la OIT ha aprobado normas que imponen la igualdad de trato en parcelas más concretas, como puede ser, por ejemplo, la protección contra riesgos profesionales, que en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX se había convertido en uno de los principales problemas de la industrialización. El Convenio nº 12 OIT, sobre indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura, advierte que «todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga a extender a todos los asalariados agrícolas el beneficio de las leyes y reglamentos que tengan por objeto indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante la ejecución del mismo». Similar previsión contiene el Convenio nº 17 OIT, relativo a la indemnización por accidentes de trabajo

²⁴² Vid. M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 204-205.

en la industria (revisado por el Convenio nº 121, sobre prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Ninguno de esos convenios contiene una cláusula de equiparación entre nacionales y foráneos, carencia que fue cubierta por el Convenio nº 19 OIT, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo.

El Convenio nº 56 OIT, relativo al seguro de enfermedad de la gente de mar, declaraba comprendidos en ese seguro, en el Estado correspondiente a la Ley del Pabellón, a todos aquéllos que prestasen servicios «a bordo de un buque, que no sea de guerra, matriculado en un territorio en el que se halle en vigor el presente Convenio y dedicado a la navegación o a la pesca marítima». La extensión del seguro de maternidad a toda mujer con independencia de su nacionalidad quedó plasmada en el Convenio nº 103 OIT, revisado en su día por el Convenio nº 183 OIT. El Convenio nº 130 OIT, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias en caso de enfermedad, reconoce también, respecto de esas prestaciones, la igualdad de trato entre los españoles y los «extranjeros que normalmente residan o trabajen» en el territorio del Estado. El Convenio nº 165 OIT, sobre seguridad social de la gente de mar, establece en su art. 18 que deberá reconocerse la igualdad de trato en materia de Seguridad Social «sin ninguna condición de residencia» a los extranjeros cuando el Estado del que son nacionales no exija tampoco tal requisito. El Convenio nº 168 OIT, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, dispone en su art. 6 que «todo Miembro deberá garantizar la igualdad de trato a todas las personas protegidas, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, nacionalidad, origen étnico o social, invalidez o edad»²⁴³.

El Convenio nº 102 OIT, sobre norma mínima de la Seguridad Social, pretende establecer un nivel de protección básico que todos los Estados deben respetar²⁴⁴. Es un Convenio que admite múltiples opciones, aunque en todas ellas la nacionalidad parece indiferente, ya que el Convenio exige que el sistema de Seguridad Social proteja a un determinado porcentaje de «personas», «residentes» o «asalariados», expresiones deliberadamente genéricas que pretenden evitar la exclusión de los extranjeros. Así lo

²⁴³ Vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 18-25.

²⁴⁴ Vid. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El convenio 102 de la OIT de norma mínima de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 98, 1990, pp. 87 y ss.; A. GIULIANO, *Los instrumentos internacionales de Seguridad Social y la OIT*, Revista de Seguridad Social, nº 42, 1989, pág. 33; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de Seguridad Social*, RL, nº 23, 1988, pp. 64 y ss.

demuestra el art. 68, que exige la igualdad de trato, a salvo de acuerdo internacional que prevea la reciprocidad, aunque acepta diferencias cuando las prestaciones estén financiadas «exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios».

Los Convenios de la OIT son de obligatorio cumplimiento para los Estados firmantes, y España es uno de los Estados que más Convenios de la OIT ha ratificado²⁴⁵. Sin embargo, el TC ha otorgado a esos Convenios un mero valor interpretativo, al calificarlos como «instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución»²⁴⁶. Sea como fuere, fundar la incorporación al Sistema de todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en la igualdad de trato reconocida por los Convenios de la OIT no resulta sencillo, pues los instrumentos más valiosos a esos efectos no han sido ratificados por España y, en cualquier caso, de una u otra forma los propios Convenios flexibilizan ostensiblemente sus exigencias para facilitar la firma. En verdad, ningún Convenio de la OIT ratificado por España exige la incorporación al Sistema de los extranjeros en situación irregular.

Los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social (y alguno multilateral, como el Convenio Europeo de Seguridad Social) no resultan tampoco trascendentes. España ha suscrito convenios bilaterales de Seguridad Social con más de una veintena de Estados²⁴⁷, sin computar los celebrados con Estados Miembros de la UE, aún vigentes en lo que pudiera ser más beneficioso que el Derecho Comunitario. En todos ellos se contiene el compromiso de los Estados firmantes de conceder igualdad de trato a sus nacionales respectivos, lo que no exonera en modo alguno de las obligaciones impuestas por la legislación de extranjería y de las consecuencias de su inobservancia.

Por consiguiente, no se encuentra fundamento en esas normas para defender la validez del contrato de trabajo y la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular, salvo que la exégesis se efectúe de forma un tanto «artificiosa y voluntarista»²⁴⁸. Esas interpretaciones, en definitiva, pretenden dejar sin virtualidad las prescripciones legales internas que requieren la obtención de autorizaciones de trabajo y residencia. Al final, más bien parecen propuestas de *lege*

²⁴⁵ Vid. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?Espa%F1a>

²⁴⁶ Vid. STC 38/1981, de 23 de noviembre, que parece equiparar la eficacia jurídica de los convenios de la OIT a la del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁴⁷ Anexo III.

ferenda, propugnando la superación de las categorías de regularidad e irregularidad²⁴⁹ con base en la «prematura vejez de las legislaciones de extranjería»²⁵⁰, que conclusiones extraídas a partir en un análisis estrictamente jurídico de la norma vigente. La solución, a la postre, depende actualmente de las prescripciones del derecho interno.

8- El nuevo contexto del ordenamiento español tras la LOE

A pesar de la autonomía del Derecho de la Seguridad Social respecto del Derecho del Trabajo, la conexión entre ambas ramas del ordenamiento provoca en ocasiones cierta interdependencia. Esos vínculos, difusos unas veces, se manifiestan con más intensidad en ciertas parcelas, y la extranjería ha resultado ser una de ellas. No en vano, la jurisprudencia sostuvo durante largo tiempo, aunque con fundamentos diversos (falta de capacidad, vulneración de una norma imperativa, etc.), que el contrato de trabajo celebrado por un extranjero sin la previa obtención del correspondiente permiso era nulo de pleno derecho²⁵¹; iba de suyo, por tanto, que no cabía la afiliación y/o alta sobre la base de una condición, trabajador asalariado, que formalmente no se poseía.

La LOE ha propiciado un intenso debate en este punto, ya que en ella se han visto nuevos argumentos para cuestionar esa premisa clásica²⁵². La opción no es sustituir la nulidad del contrato de trabajo por la anulabilidad, como en otro tiempo se hizo²⁵³, sino que un sector doctrinal preconiza la plena validez del contrato²⁵⁴, de modo

²⁴⁸ Cfr. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 31.

²⁴⁹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1191-1194.

²⁵⁰ Cfr. J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los Derechos y Libertades Fundamentales en el Ordenamiento Español y Europeo*, REDT, nº 110, 2002, pág. 302.

²⁵¹ Vid. SSTs de 23-2-1983 (Ar. 849), 10-3-1983 (Ar. 1137), 21-6-1983 (Ar. 3031), 2-3-1984 (Ar. 1507), 30-10-1985 (Ar. 5246), 20-11-1985 (Ar. 5821), 8-3-1986 (Ar. 1278), 28-4-1986 (Ar. 2258), 20-10-1986 (Ar. 5859), 23-2-1987 (Ar. 1092), 1-6-1987 (Ar. 4078), 11-12-1987 (Ar. 8890), 21-3-1997 (Ar. 3391) y de 2-12-1998 (Ar. 10268), entre muchas otras. En el mismo sentido se pronunciaba el TCT, v.g. SSTCT de 7-5-1980 (Ar. 2595) y de 10-2-1981 (Ar. 891).

²⁵² En opinión de algún autor, sería necesario «reconocer la plenitud de derechos del trabajador extranjero en situación irregular en el contrato de trabajo, en las relaciones colectivas de trabajo y en materia de protección social»; cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 100.

²⁵³ En tiempos recientes, defiende esa opción I. CAMÓS VICTORIA, “El reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social de los extranjeros en España tras la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1272-1273.

que los derechos del trabajador extranjero en situación irregular se reconocerían sin limitaciones derivadas de la situación administrativa²⁵⁵; y otro sector doctrinal aboga por su «nulidad relativa», que supondría la validez del contrato en materia de derechos económicos del trabajador, prácticamente una «nulidad unilateral» que perjudica al empresario, pero no al trabajador, y que incluso podría justificar el acceso al Sistema²⁵⁶.

Estas nuevas orientaciones, seguramente latentes con anterioridad a 2000²⁵⁷, se manifestaron con fuerza ante la oscura redacción del art. 36.3 LOE. En su versión inicial, ese precepto obligaba al empleador a solicitar la pertinente autorización para que el extranjero pudiera desempeñar lícitamente un trabajo asalariado. Pero además disponía que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero»²⁵⁸. Ante la indefinición de la norma, que no precisa a qué derechos se refiere, las opiniones doctrinales han sido variopintas, y entre el catálogo de derechos se ha incluido en ocasiones la Seguridad Social²⁵⁹, con el

²⁵⁴ «El contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo»; cfr. STS de 29-9-2003 (Ar. 7446).

²⁵⁵ Vid. J.A. NICOLÁS BERNAD, *Supuestos y efectos jurídicos de las autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros*, RTSS (CEF), nº 239, 2003, pág. 144; J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, «Art. 10», en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pág. 203; I. CAMÓS VICTORIA, *Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar*, RL, nº 12, 2004, pp. 59-60.

²⁵⁶ Vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, «Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 791. No parece apreciar problemas en la concesión de derechos de Seguridad Social D.M. CAIRÓS BARRETO, «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 629-630.

²⁵⁷ Vid. A.G. REDONDO HERMIDA, *El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso*, AL, nº 25, 1985, pp. 1265 y ss.

²⁵⁸ Esta redacción, dada por la Ley 8/2000, puso fin a las dudas suscitadas por su inmediato antecedente, el art. 33.3 de la Ley 4/2000 en su primera versión, que parecía exigir una autorización adicional para el propio empresario; vid. M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso*, Tribuna Social, nº 120, 2000, pp. 26-27; P. CHARRO BAENA, *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pp. 47-48; J. LUJÁN ALCARAZ, *El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, AS, nº 21, 2000, pág. 21; M.A. BALLESTER PASTOR, *Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002*, AL, nº 27, 2003, pp. 495 y ss.

²⁵⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 104-105; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso*, Tribuna Social, nº 120, 2000, pág. 37; J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARTER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 100-102; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 65 y ss; M.A. PURCALLA BONILLA, *La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su*

refuerzo que para ello ha supuesto la LO 14/2003, que ha reconocido al extranjero en situación irregular, en el propio art. 36.3 LOE, el derecho a obtener las «prestaciones que pudieran corresponderle».

El extranjero en situación irregular que desempeña una actividad es también poseedor de ciertos derechos, no sólo como persona, sino también como prestador de servicios. El problema estriba en determinar el alcance de esos derechos. De partida, la opción política de condicionar el estatuto jurídico del extranjero a la obtención de las autorizaciones administrativas correspondientes, adecuada o no, resulta legítima jurídicamente. El propósito principal de la legislación de extranjería en la actualidad es el de controlar los flujos inmigratorios, y ello requiere *per se* cierto tipo de mecanismos que necesariamente perjudicarán a quien no cumpla las condiciones previstas en cada momento. No es éste el único modelo posible, quizás no el mejor, sus implicaciones ideológicas en uno u otro sentido son evidentes, pero es sin duda una de las posibilidades que tiene el legislador. La supresión de las autorizaciones para residir y trabajar sólo es comprensible en un sistema que haya abogado por la libre entrada y estancia de los extranjeros (como claramente se aprecia en el contexto de la UE), situación de la que aún parece estar lejos no sólo España²⁶⁰, sino la práctica totalidad de los países²⁶¹.

En alguna de las propuestas surgidas a raíz la LOE subyace la defensa de un modelo diferente, y ello provoca en ocasiones tensiones difícilmente conciliables, porque la degradación por vía exegética de las autorizaciones para residir y trabajar no encuentra acomodo en un engranaje que se basa en su obtención como paso previo²⁶², o si acaso sincrónico, a la prestación de servicios laborales²⁶³. La LOE no contiene una declaración de plena validez del contrato. Es probable que la *voluntas legis* consistiese

integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, Tribuna Social, nº 122, 2001, pp. 48-50; M.D. VALDUEZA BLANCO, *Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros*, TL, nº 73, 2004, pp. 126-127; A. MÁRQUEZ PRIETO, *Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2.a) del Reglamento de Extranjería]*, AS, nº 10, 2005, pp. 62 y ss.

²⁶⁰ Mientras rijan «normas como las actuales, dirigidas entre otras cosas al “control de fronteras”, es inevitable la distinción entre situaciones de regularidad y de irregularidad a la hora de reconocer derechos y otorgar posibilidades de actuación»; cfr. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 31.

²⁶¹ Vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *¿El Derecho del Trabajo cotiza a la baja?: una importante decisión norteamericana sobre Derecho del Trabajo e inmigración ilegal*, RL, nº 17, 2002, pp. 107 y ss.

²⁶² A modo de ejemplo, la supresión de la autorización de trabajo, pero no la de residencia, es propuesta por M.I. RAMOS QUINTANA, “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 566-571.

en origen en suplir la carencia de la normativa anterior y recoger expresamente que la situación irregular, aunque anulase el contrato, no privaba al extranjero de su derecho a obtener la remuneración correspondiente al trabajo prestado²⁶⁴. Se trataría, a la postre, de una confirmación de la jurisprudencia más clásica²⁶⁵, de modo que el art. 36.3 LOE se convertiría en una mera traslación -«un reflejo»²⁶⁶- del principio general al ámbito específico de la extranjería. A la postre, el art. 9.2 ET advierte que la remuneración que debe abonarse al trabajador es la que correspondería «a un contrato válido», fórmula en afirmativo que puede equivaler a la expresión en negativo («no invalidará») recogida en el art. 36.3 LOE²⁶⁷.

La interpretación del art. 36.3 LOE debe ser compatible con el «espíritu y finalidad de la norma»²⁶⁸ en la que dicho precepto se enmarca y con los principios que sustentan las normas de extranjería²⁶⁹. La LOE demuestra a lo largo de todo su articulado que la atribución de derechos a los extranjeros irregulares, más allá de los que les son inherentes por su condición de personas, debe realizarse de forma explícita. En consonancia, respecto de derechos que corresponden únicamente a quienes se encuentren en situación regular, la LOE utiliza expresiones como «extranjeros residentes»²⁷⁰ o «extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II»²⁷¹; en cambio, cuando los derechos son concedidos a los extranjeros sin

²⁶³ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 31.

²⁶⁴ Vid. J.L. MOLÉS MONTOLIU, “Derecho de los extranjeros al trabajo y a la Seguridad Social en la LO 4/2000, de 11 de enero y en su reforma por lo 8/2000, de 22 de diciembre”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 922.

²⁶⁵ Vid. STS (Cont-Adv.) de 2-12-1998 (Ar. 10268).

²⁶⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 60-61.

²⁶⁷ Vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 146; M.N. MORENO VIDA, “Artículo 36”, en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 581-582; M. MOYA ESCUDERO, “Autorización para la realización de actividades lucrativas (arts. 36.1 y 36.3)”, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 217 y ss.; M.A. BALLESTER PASTOR y A. BLASCO PELLICER, *Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional*, Justicia Laboral, nº 2, 2000, pp. 31-32; F.J. HIERRO HIERRO, *La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia*, REDT, nº 116, 2003, pp. 315 y ss.; A.M. ORELLANA CANO, *Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros*, AL, nº 1 2003, pp. 16 y ss.

²⁶⁸ Vid. STS de 25-5-2000 (Ar. 4800).

²⁶⁹ Vid. SSTSJ de Cataluña de 20-5-2003 (AS 2597), de Castilla-La Mancha de 25-3-2003 (AS 3246), de Madrid de 30-9-2002 (JUR 286425) y de Aragón de 9-9-2002 (AS 2951), entre otras.

²⁷⁰ Derecho a la educación no obligatoria o al desempeño de actividades docentes o de investigación (art. 9.3 y 9.5), al trabajo en una Administración Pública (art. 10.2), a la participación pública (art. 6) o a ayudas en materia de vivienda (art. 13), por ejemplo.

²⁷¹ Libertad de circulación (art. 5.1).

más matización la LOE se refiere a «todos los extranjeros»²⁷², «los extranjeros que se encuentren en España»²⁷³ o «los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa»²⁷⁴. Los arts. 10 («extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen») y 14.1 LOE («extranjeros residentes») se refieren inequívocamente a extranjeros en situación regular, a quienes cuentan con la correspondiente autorización²⁷⁵, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la asistencia sanitaria en el art. 12²⁷⁶.

Las normas de desarrollo de la LOE muestran la misma voluntad, incluso habiendo sido aprobadas por Gobiernos de signo distinto²⁷⁷; y también se puede extraer

²⁷² Derecho a la educación obligatoria (art. 9.1).

²⁷³ Derecho a la asistencia sanitaria (art. 12).

²⁷⁴ Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3).

²⁷⁵ Vid. M. RUIZ CUESTA y A.B. MUÑOZ RUIZ, «Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1374-1378.

²⁷⁶ En atención a ese precepto, el extranjero en situación irregular tendrá derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que un español si está inscrito en el padrón del municipio. Aun no habiendo procedido a la inscripción en el padrón, gozará de asistencia sanitaria pública de urgencia hasta el alta médica ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa; y tienen también derecho a la asistencia sanitaria las embarazadas durante el embarazo, parto y postparto y los menores de dieciocho años. Esta protección no es producto de su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, ni de la aplicación del alta de pleno derecho, sino de la expresa voluntad legal, plasmada en el art. 12 LOE. El derecho a la salud tiene conexión directa con algún derecho fundamental, particularmente con los reconocidos en el art. 15 CE: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física. Estos derechos desbordan el calificativo de fundamentales y merecen la consideración de derechos humanos, de derechos que «pertencen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, «aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español», en palabras de la STC 107/1984. Por ello, el reconocimiento del derecho a la salud a los extranjeros irregulares no contradice en modo alguno los principios esenciales de la extranjería, sino que, al contrario, es prueba del respeto a valores de necesaria observancia en un Estado de Derecho. La LOE, empero, no ha sido pionera en este aspecto, pues el ya añejo art. 10.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el RGSS, advierte que «aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal, la víctima del accidente de trabajo o enfermedad profesional, aun en el caso de tratarse de un menor de dieciséis años, tendrá derecho a la asistencia sanitaria». Ese precepto ampararía asimismo a los extranjeros en situación irregular; vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería*, RL, nº 4, 2001, pp. 11 y ss.; A.L. DE VAL TENA, *El derecho de los extranjeros a la protección de la salud*, REDT, nº 109, 2002, pp. 45 y ss. Respecto de la situación anterior a la LOE, vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, «Extranjeros y derecho a la asistencia sanitaria», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 170 y ss.

²⁷⁷ El RD 239/2000, de 18 de febrero, que establecía el procedimiento para la regularización de extranjeros, disponía en su art. 4.7 que la «afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social» únicamente era posible cuando la resolución del expediente de solicitud de las autorizaciones de trabajo y residencia fuera «positiva». Por su parte, la DT 3ª RD 2393/2004, de 30 de diciembre, recoge el denominado «proceso de normalización», la nueva nomenclatura de la tradicional regularización; uno de los requisitos para esa normalización es la previa celebración de un contrato de trabajo, y el precepto expresamente señala que los efectos de dicho contrato «estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada». Esta precisión pudiera tener como propósito únicamente evitar retenciones empresariales sobre una posible sanción, pero aun así es claro que la norma parte de una premisa

una conclusión parecida de la modificación en el catálogo de infracciones y sanciones, porque tras la LO 8/2000 el art. 53 b) LOE exige, al contrario que la versión inicial de la LOE, que el trabajador haya obtenido la autorización para trabajar con carácter previo al comienzo de la actividad, no convalidando el trabajo prestado durante la tramitación de la solicitud²⁷⁸. Por consiguiente, la nulidad del contrato de trabajo celebrado sin la oportuna autorización es consecuencia del incumplimiento de una norma imperativa²⁷⁹.

La autorización para trabajar es un requisito esencial de validez del contrato de trabajo celebrado por un extranjero, y esa conclusión está implícita en la LOE en general, y en su art. 36 en particular. Para desarrollar una actividad lucrativa los extranjeros deben obtener la pertinente autorización administrativa para trabajar, y cuando ello no suceda el contrato incurre en un vicio insubsanable. El art. 36.1 LOE es taxativo a este respecto: «los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar». En su defecto, y salvo las excepciones que contempla la propia norma, no es jurídicamente posible el desempeño lícito de una actividad profesional en España.

En este sentido, la autorización para trabajar, y también las que en su caso autorizan únicamente a residir o permanecer en España, constituyen la manifestación de una potestad inherente a todo Estado, derivada del propio concepto de soberanía, cual es la de decidir quien está legitimado para residir y trabajar en su territorio. Un trabajador extranjero carente de autorización para trabajar no tiene un derecho o facultad preexistente para prestar servicios en España o para acceder al Sistema de Seguridad Social. Las consecuencias de la residencia o trabajo sin autorización podrían ser múltiples, y deben ser establecidas por el propio Estado, que podría convalidar plenamente, en su caso, la relación jurídica viciada, privarla completamente de eficacia jurídica, o, como tradicionalmente ha efectuado el ordenamiento español, adoptar una fórmula híbrida, declarando la nulidad del acto, pero admitiendo que despliegue ciertos efectos²⁸⁰. La nulidad del contrato no se deriva de la falta de capacidad del extranjero,

evidente: la relación establecida entre las partes con anterioridad a la obtención de las autorizaciones carece de plenos efectos.

²⁷⁸ La Circular de la TGSS 5-004, de 13 de febrero de 2001, no solamente exige la autorización para trabajar como paso previo a la afiliación, sino que considera insuficiente la mera solicitud cuando el extranjero pretenda la afiliación y alta inicial.

²⁷⁹ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 259 y ss.

²⁸⁰ «La técnica autorizatoria, que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas: como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de

pues ese extremo debe ser determinado por su ley personal²⁸¹, sino de una lesión del orden público, que determina la ilicitud e imposibilidad del objeto del contrato. El hecho de que el empresario sea normalmente el sujeto obligado a solicitar la autorización de trabajo –no siempre es así, como por ejemplo en la renovación– justificará una sanción, pero no el levantamiento de una prohibición o la dulcificación de los efectos de una lesión del orden público.

El 6.3 CC prescribe que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», y la posibilidad de expulsar del territorio español al extranjero que no cuente con autorización para estar, residir o trabajar constituye de por sí un «efecto distinto» que podría conducir a la validez del contrato²⁸². Pero una interpretación de esa índole entremezcla planos diferentes, porque la expulsión es una sanción, mientras que la nulidad del contrato es una mera consecuencia del incumplimiento de un requisito esencial para su validez. La autorización introduce un condicionante de licitud o posibilidad del objeto del contrato, en cuya ausencia faltaría uno de los elementos esenciales listados en el art. 1261 CC. El art. 6.3 CC, por tanto, no establece incompatibilidad alguna entre la nulidad del contrato y la sanción administrativa, o eventualmente penal, por el incumplimiento de una norma imperativa o prohibitiva. Ese precepto únicamente flexibiliza su primera afirmación y admite que la ley establezca para ese acto un efecto diferente al de su nulidad de pleno derecho. La propia legislación laboral ha hecho uso de esa posibilidad en el art. 9.2 ET, admitiendo que el contrato nulo despliegue un «efecto distinto»: la retribución.

Si la legislación de extranjería no ofrece un sustento claro para la inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular, las normas de Seguridad Social son contundentes en la exclusión. El art. 7.1 LGSS alude expresamente a la situación legal como requisito para la atribución de beneficios de Seguridad Social. La afiliación y el

policía (prohibición con reserva de autorización) o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente»; cfr. SSTS de 21-12-1994 (Ar. 10349) y de 21-9-1995 (Ar. 6787).

²⁸¹ Vid. M. MOYA ESCUDERO, *La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado Español*, REDT, nº 10, 1982, pp. 223 y ss.

²⁸² Vid. M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002*, AL, nº 10, 2003, pp. 162-163; M.T. IGARTUA MIRÓ, “Extranjeros, autorización para trabajar y contrato de trabajo ¿Cambios sustanciales tras la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social?”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 835-839; J.L. MOLÉS MONTOLIU, “Derecho de los extranjeros al trabajo y a la Seguridad Social en la LO 4/2000, de 11 de enero y en su reforma por lo 8/2000, de 22 de diciembre”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 921-922.

alta en el Sistema de Seguridad Social «constituyen actos de naturaleza y relevancia pública, que sólo pueden llevarse a cabo en situaciones de legalidad»²⁸³, por lo que el art. 42 RD 84/1996 ha advertido tradicionalmente que «a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo»²⁸⁴. El requisito se relativizó en vía administrativa, ya que tras la Resolución de 20 de febrero de 1998²⁸⁵ era suficiente la «resolución laboral favorable de concesión o renovación del permiso de trabajo» (apartado 5.1)²⁸⁶, pero el Sistema rechazaba de plano la incorporación en situaciones de irregularidad²⁸⁷, al menos hasta la modificación del art. 42 RD 84/1996 por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre²⁸⁸.

La LOE, como ley posterior a la LGSS, y como jerárquicamente superior a los reglamentos citados, podría haber derogado tácitamente todos esos preceptos. Pero la LOE, tanto en espíritu como en letra, ahonda en la distinción entre extranjeros regulares e irregulares²⁸⁹. A tenor del art. 10 LOE, las condiciones de acceso a la Seguridad Social de los extranjeros han de concretarse en la «legislación vigente», salvando de esta forma lo dispuesto por el art. 7.1 LGSS; y se exige en todo caso que el extranjero «reúna los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen», referencia incuestionable a las autorizaciones para residir y trabajar. El art. 14.1 de la propia LOE, por su parte, concede el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que a los españoles únicamente a quienes

²⁸³ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 32.

²⁸⁴ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1144-1146.

²⁸⁵ Por la que se ordena la publicación de la Circular conjunta de 10-2-1998 de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre afiliación, altas, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros (BOE 4 de marzo).

²⁸⁶ Vid. Resoluciones de la TGSS de 6-11-2000 y 13-2-2001, publicadas en Tribuna Social, nº 133, 2002, pp. 110-111.

²⁸⁷ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Contrato de trabajo de extranjeros", en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 238 y ss.; M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo*, AS, nº 10, 2003, pp. 77-80; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002*, AL, nº 10, 2003, pp. 168-169.

²⁸⁸ VI.9.

²⁸⁹ Vid. X. SOLÀ MONELLS, *Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 58.

ostenten la condición de «residentes», esto es, quienes estén en posesión de una autorización para residir, a tenor del art. 30 bis LOE²⁹⁰.

Sin embargo, el art. 36.3 LOE, en la redacción dada por la LO 14/2003, expresamente establece que la carencia de la autorización para trabajar por parte de un extranjero no es «obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle» y que el empresario ha de afrontar las responsabilidades de Seguridad Social a que dé lugar la ausencia de solicitud. La Exposición de Motivos de la LO 14/2003 no aclara el porqué de esta reforma; de la tramitación parlamentaria se deduce que la intención del legislador era la de reconocer prestaciones de Seguridad Social a los extranjeros en situación irregular²⁹¹, aunque había discrepancia sobre el alcance de ese reconocimiento²⁹².

²⁹⁰ El art. 14.3 LOE considera que «los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas». A pesar de la defectuosa técnica legislativa, en ese precepto no se encuentra una referencia a la Seguridad Social (que en el art. 14 LOE se agota en su apartado 1), sino a la asistencia social y a los servicios sociales, entre otras medidas, como demuestran las leyes autonómicas sobre servicios sociales, que contienen precisamente esa diferencia entre servicios básicos y especializados; vid. J. GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002, pág. 28; J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, «Artículo 14», en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pág. 253; M.I. RAMOS QUINTANA, *Trabajadores extranjeros e integración social*, TL, nº 54, 2000, pp. 29-32; J.R. MERCADER UGUINA, «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1212; B. ALONSO GARCÍA, *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero*, REDT, nº 110, 2002, pp. 195-196; J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 67 y ss.; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 73 y ss.; Vid. A. GUTIÉRREZ RESA y J. GARCÉS FERRER (Coord.), *Los servicios sociales en las Comunidades y Ciudades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 21 y ss.; J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000, pp. 260 y ss.; L. OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *El derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros (Estudio de los apartados 2 y 3 del art. 13 LOE)*, AS, nº 11, 2005, pp. 72 y ss. El reconocimiento del derecho de acceso a la asistencia social a los extranjeros irregulares contrasta con las grandes restricciones que han establecido otros países, como Estados Unidos; vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 103 y ss.

²⁹¹ El art. 36.3 LOE, en la redacción dada por la Ley 14/2003, proviene de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley; en la justificación a dicha enmienda (nº 140) el citado Grupo Parlamentario considera que la expresión «derechos del trabajador» contenida en el art. 36.3 LOE incluía indirectamente los derechos de Seguridad Social. La enmienda menciona la STSJ de Cataluña de 14-5-2002 (AS 1974), que defendió la plena validez y eficacia del contrato celebrado por un extranjero sin autorización para trabajar, hasta el punto de afirmar que «el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación». El Grupo Parlamentario Socialista entendía que dicha sentencia debía constituir «el primer paso para un reconocimiento expreso de los derechos del trabajador más allá de los estrictamente económicos, evitando de esta manera el enriquecimiento injusto del empresario infractor y el no reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social al no haberse formalizado el alta en el Sistema»; vid. BOCG, Serie A: Proyectos de Ley, de 17 de septiembre de 2003, nº 150-5, pág. 85.

²⁹² El Grupo Parlamentario Popular, en la Enmienda nº 264 al Proyecto de Ley que posteriormente se convertiría, con algún retoque, en la Ley 62/2003, al hilo de la plasmación legal de la sanción

El legislador, inicialmente o en alguna de las modificaciones del precepto, podría haber declarado expresamente que el contrato de trabajo de un extranjero sin autorización es válido –como afirmación taxativa-, y que el trabajador tiene los derechos laborales y de Seguridad Social que de tal condición se deriven²⁹³. Sin embargo, no lo ha hecho así, y ha preferido configurar una regla legal deliberadamente confusa y ambigua²⁹⁴, que los tribunales deben completar²⁹⁵. El art. 36.3 LOE introduce un elemento distorsionador que no tiene fácil encaje, sobre todo si se pretende fundamentar en él un reconocimiento del pleno acceso al Sistema de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular²⁹⁶. El precepto se limita a conceder al extranjero que presta servicios sin autorización para trabajar el vago derecho a las «prestaciones que pudieran corresponderle», sin calificar dichas prestaciones como de Seguridad Social. El art. 36.3 LOE en ningún caso exime de la autorización para residir, lo que podría justificar un trato favorable a los extranjeros residentes que presten servicios sin autorización para trabajar, frente a los extranjeros que carezcan de toda autorización, a los que no alcanzaría ese precepto²⁹⁷. Además, la expresión utilizada –«prestaciones que pudieran corresponderle»- no posee un contenido propio, porque el extranjero tendrá o

complementaria impuesta al empleador que contrate a un extranjero en situación irregular (art. 48 de esa norma), mostró su posición respecto de la nueva redacción del art. 36.3 LOE. Sin duda no era ése el lugar en que deberían haberse efectuado tales consideraciones, teniendo en cuenta que estaba en proceso de tramitación la Ley 14/2003, pero en todo caso el Grupo Popular aprovechó ese momento para afirmar que a su juicio el nuevo inciso del art. 36.3 LOE no concedía al extranjero en situación irregular un acceso incondicional al Sistema. En este sentido, advertía que «esta última expresión pudiera interpretarse erróneamente como que las prestaciones a que tendría derecho el trabajador inmigrante "ilegal" se aumentan, cuando sin embargo sólo tiene derecho a las ya establecidas legalmente (las derivadas de contingencias profesionales -accidente de trabajo y enfermedad profesional- y las referidas a asistencia sanitaria de urgencia y maternidad)».

²⁹³ Esta interpretación defienden G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004, pp. 118-119.

²⁹⁴ Vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar*, RL, nº 12, 2004, pp. 29 y ss.; M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del art. 36.3 LOE*, AS, nº 17, 2005, pp. 41-42.

²⁹⁵ Vid. M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal «ad quem» y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo*, AS, nº 12, 2002, pág. 42.

²⁹⁶ Así lo hace J. GONZÁLEZ CALVET, *Actos de encuadramiento y prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros irregulares con la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre*, comunicación presentada a las XV Jornadas Catalanas de Derecho Social, celebradas en Barcelona el 11/12 de enero de 2004, y que puede consultarse en la siguiente dirección web: <http://www.upf.edu/dret/treball/jornades/ponen.htm>

²⁹⁷ Vid. F. PEDRAJAS PÉREZ, “Derecho al trabajo (art. 10)”, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 187-188; J.R. RIVERA SÁNCHEZ, “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1355-1356.

no derecho a prestaciones en función de si está comprendido o no en el campo de aplicación del Sistema (el irregular no lo está), y, de ser la respuesta afirmativa, de si cumple o no los requisitos de acceso a la concreta prestación que pretenda lucrar.

El contrato de trabajo despliega efectos *inter partes*, con lo que su eventual validez podría generar una serie de beneficios para el trabajador ligados a la propia relación laboral²⁹⁸, como por ejemplo la indemnización por despido improcedente²⁹⁹; ya hace tiempo se advirtió que el art. 9.2 ET debería desembocar en una *restitutio in integrum*, concediendo al trabajador, en cualquier supuesto de nulidad del contrato, «todos los derechos que se derivan de las relaciones conexas a la relación laboral individual durante el tiempo en que ésta ha tenido existencia»³⁰⁰. Pero la vinculación de terceros, el propio Estado en este caso encarnado en la Administración de Seguridad Social, sólo podría producirse *ex lege*.

Es cierto que «existe una relación de trabajo al margen de que el negocio jurídico constitutivo tuviera o no validez»³⁰¹, y que ello «permite introducir en el marco jurídico laboral una serie de hipótesis en las que se da una real prestación de trabajo que no tiene su causa en un contrato, pues o no existe éste, o está viciado de nulidad»³⁰²; pero la concesión de derechos laborales al trabajador *de facto*³⁰³ no es equiparable al reconocimiento del derecho a ingresar en el Sistema de Seguridad Social. Ello legitimaría, a la postre, interpretaciones análogas para quienes efectivamente prestan

²⁹⁸ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, «El nuevo estatuto jurídico del «ciudadano» extranjero: análisis y valoración de la reforma de la LO 4/2000», en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 43-45; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 258 y ss.; M.T. IGARTUA MIRÓ, «Los extranjeros y el derecho al trabajo en la LO 4/2000», en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 407 y ss.; M.L. ARASTEY SAHÚN, *El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, Tribuna Social, nº 142, 2002, pp. 33 y ss.

²⁹⁹ Habría que explicar, no obstante, si es posible la calificación del despido como nulo y, en especial, si procede la readmisión, pues de impedirse tal consecuencia -no cabe perpetuar una situación antijurídica- se estaría creando un nuevo régimen jurídico en materia de extinción del contrato de trabajo, porque la indemnización prevista cuando no es posible la nulidad se configura como remedio excepcional y no como regla general. Es cierto, no obstante, que en otros ámbitos no cabe tampoco la readmisión, como sucede en la relación laboral especial de deportistas profesionales [vid. SSTSJ Galicia de 14-10-2002 (AS 3806) y de Cataluña de 25-10-2002 (AS 3827), entre otras], o en la relación laboral especial de alta dirección en ausencia de pacto [art. 11 RD 1382/1985; vid. STS de 27-2-1990 (Ar. 1241)].

³⁰⁰ Cfr. J.M. ALMANSA PASTOR, *La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*, RPS, nº 67, 1965, pág. 64.

³⁰¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Principio de igualdad y estatuto del trabajador migrante*, Relaciones Laborales, nº 8, 2001, pág. 8.

³⁰² Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, *Relaciones laborales de hecho*, Revista de Derecho del Trabajo (E. Pérez Botija), nº 47, 1961, pág. 73.

³⁰³ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 144 y ss.

servicios sin la posibilidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo -como los menores de dieciséis años, por ejemplo-³⁰⁴, o supondría una notable contradicción con la exclusión tradicional –hoy ya superada- de otros colectivos cuya calificación como trabajadores asalariados, con un contrato de trabajo válido, no admitía dudas (determinados deportistas profesionales)³⁰⁵.

La eventual cotización por el extranjero irregular tampoco puede servir como fundamento. Conviene recordar que la Sala Tercera del TS ha defendido, antes incluso de la entrada en vigor de la LOE, que el empresario debe cotizar por el extranjero en situación irregular que para él preste servicios³⁰⁶, lo que en teoría implica su previa o simultánea inclusión en el Sistema³⁰⁷. Sin embargo, la aplicación del art. 106 LGSS a estos supuestos provoca una ruptura del mecanismo lógico de funcionamiento del Sistema³⁰⁸. En verdad, esa cotización constituía una sanción de creación jurisprudencial con el propósito de evitar el enriquecimiento injusto del empresario, con lo que probablemente vulneraba los principios de legalidad y tipicidad³⁰⁹.

El defecto ha sido salvado por el legislador en dos fases; la modificación operada en el art. 36 LOE por la Ley 14/2003 introdujo en su apartado 3 una referencia a las responsabilidades de Seguridad Social que pudieran generarse, responsabilidades que se corresponden, seguramente, con las cotizaciones que el empresario debe ingresar por el tiempo de prestación de servicios³¹⁰. La confirmación de que esa cotización tiene

³⁰⁴ La Seguridad Social invita a este tipo de exégesis basadas en la justicia o equidad, y por ello no sorprenden interpretaciones *pro beneficiario* que difícilmente pueden conciliarse con la letra de la Ley; a modo de ejemplo, se defendió que «la prohibición del trabajo a los empleados del hogar menores de dieciséis años que carezcan de certificado de estudios primarios recogida en el Decreto 1119/60, de 2 de junio, no incide en modo alguno a la hora de la afiliación, puesto que, entre otras razones, afirmando lo contrario se produciría un perjuicio grave a los trabajadores que se encuentran en dicha situación irregular»; cfr. D. CLEOFÉ SÁNCHEZ, “Régimen Especial de Empleados del Hogar”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 422.

³⁰⁵ III.7.

³⁰⁶ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 28-5-1991 (Ar. 4215) y de 2-12-1998 (Ar. 10268)

³⁰⁷ Vid. I. CAMÓS VICTORIA, “El reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social de los extranjeros en España tras la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1280.

³⁰⁸ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Contrato de trabajo de extranjeros”, en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 241-243; J.A. NICOLÁS BERNAD, “El permiso de trabajo como documento de regularización laboral del extranjero en España”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 937-942.

³⁰⁹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1152-1153.

³¹⁰ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA y J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares*, AS, nº 7-8, 2004, pp. 54 y ss.; M.D. VALDUEZA BLANCO, *Repercusión de la*

naturaleza punitiva se ha producido con el art. 48 de la Ley 62/2003, en cuya virtud la multa que debe imponerse al empleador que reciba la prestación de servicios de un extranjero irregular «se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios», debiendo ser ingresado este incremento en la TGSS³¹¹ sin que ello genere en ningún caso derecho a prestaciones³¹². Se produce así una variación del sujeto injustamente enriquecido, que ya no sería el empresario incumplidor y sí la propia Seguridad Social³¹³. La eliminación del enriquecimiento injusto pasaría, probablemente, por arbitrar mecanismos que dejando al margen al Sistema de Seguridad Social, y sin perjuicio de la imposición de las correspondientes sanciones, beneficiasen directamente al extranjero afectado³¹⁴.

Por consiguiente, el contrato de trabajo de un extranjero en situación irregular no puede considerarse válido en el contexto normativo vigente; y aunque lo fuera, únicamente desplegaría efectos *inter partes*, netamente laborales³¹⁵. El art. 36.3 LOE, por sí solo, no es fundamento suficiente para justificar la inclusión en el Sistema de Seguridad Social, y ninguna otra norma interna ni internacional reconoce ese derecho³¹⁶. En consecuencia, el extranjero en situación irregular no es sujeto causante

reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros, TL, nº 73, 2004, pp. 123 y ss.; M. MORENO PUEYO, *Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004, pp. 140 y ss.

³¹¹ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para 2004*, RL, nº 6, 2004, pp. 124-126.

³¹² La Enmienda nº 264, posteriormente aceptada, que fue presentada por el Grupo Popular al Proyecto de Ley que se convertiría en la Ley 62/2003, justificaba esta sanción al empresario como medio para evitar un enriquecimiento injusto, y advertía que «esta sanción complementaria se efectúa sin contraprestación de los órganos de la Seguridad Social (salvo las referidas a asistencia sanitaria pública de urgencia derivada de enfermedad grave o accidente, así como la debida a embarazo, parto y postparto, tal y como prevé la Ley Orgánica 4/2000), y sin proceder al alta de oficio del inmigrante en situación irregular, eliminando la situación de enriquecimiento injusto actual y produciendo efectos disuasorios respecto de este tipo de situaciones».

³¹³ Vid. M. RUIZ CUESTA y A.B. MUÑOZ RUIZ, «Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1380.

³¹⁴ Por ejemplo, la calificación como salario, o cantidad asimilada a estos concretos efectos, de esas cotizaciones no efectuadas, de forma que el propio trabajador extranjero que ha sufrido las consecuencias de la nulidad del contrato, y no la Seguridad Social, tuviera derecho a una cantidad equivalente al importe de las que hubieran debido satisfacerse.

³¹⁵ Vid. S. RUANO ALBERTOS, *Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios*, Tribuna Social, nº 178, 2005, pp. 40-41.

³¹⁶ Aunque no resulte un argumento decisivo, conviene recordar que los mecanismos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la UE exigen también la situación legal. El Reglamento comunitario 859/2003 permite que los Reglamentos de coordinación se apliquen a los nacionales de

de prestaciones –salvo de asistencia sanitaria–, pero nada impide que se convierta en beneficiario, principalmente de prestaciones por muerte y supervivencia.

9- La protección residual del extranjero irregular frente a los riesgos profesionales

La exclusión de los extranjeros en situación irregular del Sistema de Seguridad Social debería suponer una imposibilidad total de causar prestaciones³¹⁷. Sin embargo, el carácter de «orden público»³¹⁸ de la protección contra riesgos profesionales ha llevado a un sector doctrinal³¹⁹ y a la jurisprudencia³²⁰ a defender que el extranjero en situación irregular se encuentra en el campo de aplicación del Sistema respecto de las contingencias de origen profesional. Con este propósito, se ha acudido a normas supranacionales como el Convenio 19 OIT³²¹, y a normas internas como el art. 36.3 LOE, el art. 125.3 LGSS³²² o el art. 1.4.b) OM de 28 de diciembre de 1966³²³.

Terceros Estados, pero condiciona la extensión de los beneficios que tal normativa dispensa a que éstos acrediten residencia legal en el territorio de un Estado Miembro (art. 1). Cuestión distinta, y que no puede traerse a colación por analogía, es que el Derecho Penal proteja la prestación de servicios en sí, «abstracción hecha de que el contrato de trabajo sea válido o nulo»; cfr. STS (Penal) de 22-11-2004 (Ar. 8019).

³¹⁷ Vid. SSTSJ Aragón de 14-9-1995 (AS 3296) y de 1-4-1998 (AS 1415), y de Andalucía/Sevilla de 15-1-1998 (AS 214). Un comentario a esta última sentencia puede encontrarse en M. CARDENAL CARRO, *Extranjero «ilegal» y ámbito de cobertura de la Seguridad Social*, AS, nº 2, 1998, pp. 35 y ss.

³¹⁸ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 176.

³¹⁹ Vid. M.I. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 184-185; S. RUANO ALBERTOS y M.A. VICENTE PALACIO, *Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión en la legislación española*, RMTAS, nº 57, 2005, pp. 269 y ss.; M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS y M. CARDENAL CARRO, «Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España», en A. PALOMAR OLMEDA (Coord.), *Tratado de extranjería*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 393.

³²⁰ Vid. SSTS de 9-6 y 7-10-2003 (Ar. 3936 y Ar. 6497).

³²¹ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Vigésimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 594-595; J.R. MERCADER UGUINA, «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1154-1156; M.T. DÍAZ AZNARTE, *Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena*, AL, nº 43, 2001, pp. 788 y ss.; M.D. VALDUEZA BLANCO, *Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales*, RL, nº 15-16, 2003, pág. 25; P. CHARRO BAENA, *Trabajadores extranjeros «ilegales» y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el Sistema de Seguridad Social*, AS, nº 15, 1999, pp. 38-39; C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 140.

³²² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, RL, Tomo II, 2001, pág. 9; S. OLARTE ENCABO, *Seguridad Social e inmigración: luces y sombras en los cambios normativos no explicados en el nuevo milenio*, TL, nº 66, 2002, pp. 339-343; M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000*, AS, Tomo V, 2003, pág. 1600. Incluso se ha acudido al art. 14.3 LOE en su referencia a

Es sobradamente conocida la debilidad del Sistema de Seguridad Social por las contingencias profesionales, que gozan de una protección mucho más generosa y perfeccionada que las comunes, en razón seguramente del carácter nuclear que la contributividad aún mantiene en este sector del ordenamiento. La especialidad de los riesgos profesionales, de justificación histórica incuestionable, se ha convertido en una anomalía, por cuanto las fronteras entre riesgo común y profesional carecen de la nitidez suficiente y, en una interpretación estricta, la diferente protección no se justifica sólidamente en sistemas que prescinden cada vez más -o al menos ése parece su objetivo a medio o largo plazo- del concepto de trabajador para centrarse en la persona³²⁴.

La delimitación de los sujetos protegidos en materia de accidentes de trabajo siempre ha generado incertidumbres, «con daño inmenso por la existencia de dudas interpretativas o de desigualdades notorias»³²⁵, pero es claro que todos los que reciben esa protección han de estar comprendidos en el campo de aplicación del Sistema. De este modo, la posición privilegiada de los riesgos profesionales afecta al contenido y alcance de la acción protectora, pero no permite ampliar *per se* el número de sujetos protegidos, pues «a diferencia de lo que sucede con el resto de elementos del concepto de accidente de trabajo, el protagonismo en la precisión o concreción de los

«prestaciones sociales básicas»; vid. J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, “La protección de Seguridad Social a los alógenos”, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, pág. 133.

³²³ Vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 50-51; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 84; M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social*, AL, nº 39, 1998, pp. 730-731; M.R. MARTÍNEZ BARROSO y R. TASCÓN LÓPEZ, *El extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las SSTs de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “Ley de extranjería”*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 14, 2004, pp. 18-19; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La protección social de los extranjeros en España*, AS, nº 21, 2002, pp. 48-51; J.C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, “Contratación ilegal de trabajador extranjero y Seguridad Social: en especial la contingencia profesional”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1256.

³²⁴ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ y L. LÓPEZ CUMBRE, “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el Sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 144 y ss.; D. PIETERS, “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de las enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 195-197.

³²⁵ Cfr. C. DEL PESO Y CALVO, *El concepto “trabajador” en la legislación de accidentes de trabajo*, RISS, nº 3, 1959, pág. 865.

beneficiarios o personas protegidas corresponde al legislador y no a la jurisprudencia»³²⁶.

El Sistema español de Seguridad Social no ha configurado dos ámbitos subjetivos distintos para contingencias profesionales y comunes, sino que el campo de aplicación personal es único. El hecho de que los requisitos de acceso a prestaciones sean diferentes en función del origen de la contingencia es una cuestión de intensidad de la acción protectora y no de campo de aplicación³²⁷. Por consiguiente, si los extranjeros en situación irregular no se encuentran comprendidos en el campo de aplicación del Sistema no tienen derecho a esa protección; y viceversa.

El recurso al Convenio nº 19 de la OIT resulta demasiado endeble, porque los extranjeros que pueden beneficiarse de ese Convenio son únicamente aquéllos que residen y trabajan legalmente. El Convenio nº 19 OIT se gestó en los años veinte³²⁸, cuando la trascendencia de la extranjería y de las migraciones no era comparable con la que presentan en la actualidad. Difícilmente se podrían referir sus preceptos a las autorizaciones para residir o trabajar, inexistentes en aquel momento, o en sus primeros albores. Si ese Convenio se hubiera elaborado más recientemente a buen seguro mencionaría las autorizaciones administrativas, como hace el Convenio nº 143 OIT o, fuera del ámbito de esa organización, el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1997 en el seno del Consejo de Europa, cuyo art. 1 define al trabajador migrante como el «súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado»³²⁹.

Al Convenio nº 19 OIT se ha acudido con el único objetivo de traer a colación una concreta expresión, que interpretada al margen de su contexto parece decisiva, pero que técnicamente carece del alcance que se le ha pretendido dar. Ese Convenio reconoce que la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros no está supeditada a «ninguna

³²⁶ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, "El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 240; en el mismo sentido, vid. J. CRUZ VILLALÓN, "El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 293-294.

³²⁷ Vid. J. VIDA SORIA, "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de la Seguridad Social", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 47.

³²⁸ Vid. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/conveni.htm>.

³²⁹ Los Estados que lo han ratificado son aún escasos, pero el texto del convenio es un ejemplo claro de que la práctica internacional todavía condiciona los derechos de los extranjeros en materia de Seguridad Social a la obtención de las correspondientes autorizaciones administrativas para residir y trabajar; vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=093&CM=1&DF=06/03/02&CL=ENG>

condición de residencia», de lo que se ha deducido que la falta de autorización para residir no es óbice para conceder la igualdad de trato. Sin embargo, en el momento de la aprobación del Convenio nº 19 la preocupación de la OIT se centraba en la protección del trabajador migrante, físicamente mermado por las secuelas del accidente, y de quienes hubieran de disfrutar la prestación correspondiente en caso de muerte de la víctima. La expresión «sin ninguna condición de residencia» permitía que el trabajador migrante y sus derechohabientes no vieran frustrados sus derechos por meras cuestiones geográficas. Si el Estado en el que tenía lugar el accidente se liberaba de la obligación cuando el beneficiario decidiese abandonar su territorio, o cuando el derechohabiente no se encontrase en el mismo, la «residencia» se convertía en un requisito demasiado gravoso que, o bien no permitía a la víctima regresar a su Estado de origen si pretendía continuar percibiendo la prestación, o bien impedía, o al menos dificultaba enormemente, que sus familiares se viesan compensados por la muerte del trabajador migrante con ocasión y a consecuencia de su trabajo.

Por ello, el art. 1.2 del Convenio nº 19 OIT no se limita a afirmar que «la igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia», sino que apostilla que «en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados». Es claro, pues, que el art. 1.2 del Convenio nº 19 OIT no piensa tanto en el reconocimiento del derecho como en la efectividad del pago de la prestación, interpretación que viene avalada por los términos de la Recomendación nº 25 OIT, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo, de 1925; y el pago de la prestación es un problema muy posterior al del reconocimiento del derecho³³⁰.

El segundo de los pilares sobre los que se ha tratado de cimentar el reconocimiento de prestaciones por contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular es el ya mencionado art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el RGSS. No es un argumento novedoso³³¹, sino rescatado de la doctrina

³³⁰ Extensamente sobre los convenios OIT en materia de riesgos profesionales, vid. M. COLINA ROBLEDO, «La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional de Trabajo», en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 91 y ss.

³³¹ Vid. L. COLLADO GARCÍA, *El extranjero y el derecho al trabajo*, AS, Tomo I, 1995, pág. 2233.

del TCT, que hace varias décadas ya defendía la misma solución³³². Al igual que ocurre con el Convenio nº 19 OIT, la Orden de 28 de diciembre de 1966 no puede fundamentar la protección de los extranjeros en situación irregular. Se ha puesto de manifiesto sobradamente que el ordenamiento jurídico de Seguridad Social se ha convertido en una «selva legislativa»³³³, en ocasiones infranqueable³³⁴, «y tiene fama bien merecida de ser virtualmente inabarcable para el conocimiento»³³⁵. Por ello, «la propia identificación o selección de la norma efectivamente aplicable, en otro tiempo cuestión relativamente sencilla, se convierte en uno de los aspectos más complejos y delicados del proceso de aplicación del Derecho de la Seguridad Social»³³⁶, sin obviar posteriormente las dificultades exegéticas que la norma ya localizada suscita.

La confusión que genera el precepto citado es comprensible; pero ha de convenirse que en la actualidad o ha sido derogado tácitamente, o al menos ha quedado vacío de contenido. El art. 1.4 de esa Orden de 28 de diciembre de 1966 pretende aclarar las condiciones de acceso de los extranjeros al RGSS, para lo que se apoya expresamente al art. 7 LGSS. A tenor de ese art. 1.4, estarán equiparados a los españoles «los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio nacional». El resto de extranjeros podrán acceder al RGSS, según ese precepto, en cuanto acrediten la correspondiente reciprocidad; y, como inciso final, dispone que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional».

El art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 era prácticamente una reproducción del art. 7.4 LGSS antes de su modificación por la Ley 13/1996, con el postrero añadido en materia de contingencias profesionales. En consecuencia, ese precepto estaba dirigido a delimitar la intensidad de la acción protectora que el Sistema

³³² Vid. SSTCT de 30-4 y 2-11-1976 (Ar. 2237 y Ar. 4938), de 26-10-1983 (Ar. 8910), 20-3-1985 (Ar. 1935) y 28-10-1986 (Ar. 10385).

³³³ Cfr. L.E. DE LA VILLA GIL, «El Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de la Seguridad Social», en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, pág. 177.

³³⁴ Vid. C. CALVO RAMÍREZ, *Régimen de Clases Pasivas de los Funcionarios Públicos*, RSS, nº 37, 1988, pág. 125.

³³⁵ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social», en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999, pág. 359. Una de las razones, sin duda, es la «expansión de la legislación coyuntural y de la ley médica»; cfr. A. DESDENTADO BONETE, *La nostalgia del Sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de Protección Social»*, RL, Tomo I, 1996, pág. 481.

³³⁶ Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, *Algunas reflexiones sobre la Ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social*, RL, nº 5, 1998, pág. 17.

dispensaría a los extranjeros. La Ley 13/1996 equiparó a los extranjeros con los españoles en la modalidad contributiva, lo que supuso que, en el mejor de los casos, la aplicación de ese art. 1.4 quedase restringida a las prestaciones no contributivas³³⁷; y tras la LOE, que ha propiciado una equiparación también en estas prestaciones, ha perdido definitivamente su sentido.

La reciprocidad actuaba en ese precepto no como criterio de ingreso en el Sistema, sino como un condicionante del derecho a prestaciones, porque únicamente entraba en juego, como señala en su encabezamiento, cuando se reunían los requisitos generales de acceso al Sistema, y entre ellos la residencia legal. El añadido final sólo resulta conflictivo si se extrapola de ese marco y se interpreta en un escenario distinto, creado artificialmente. En el contexto al que pertenece (la Orden de 28 de diciembre de 1966 y el art. 7 LGSS), la expresión controvertida -«la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional»- sólo puede tener una significación: el extranjero que cumple los requisitos para estar comprendido en el campo de aplicación del Sistema no puede ser privado de todos sus derechos a causa de la reciprocidad –más bien de su ausencia-, pues al menos debe mantener el derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales con independencia de si los españoles tienen o no derecho a ellas en el Estado del que ese extranjero es nacional. Los sujetos causantes de las prestaciones de Seguridad Social son aquéllos que están –o al menos han estado- comprendidos en el campo de aplicación del Sistema, y la reciprocidad tiene como único objetivo excluir del derecho a prestaciones a personas que cumplen todos los requisitos para generarlas, pero cuyo Estado no las reconoce a los españoles.

En el momento actual, ese art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 debe entenderse vacío de contenido, o incluso derogado tácitamente. Ese precepto complementaba el art. 7.4 LGSS, al que remite explícitamente. Pero el vigente art. 7.4 LGSS se refiere a la protección de emigrantes españoles, y no al derecho de los extranjeros a la Seguridad Social. La remisión se ha de vincular al juego combinado de los apartados 1 y 5 del art. 7 LGSS, sin olvidar los arts. 10 y 14 LOE. La profunda modificación del art. 7 LGSS por la Ley 13/1996 arrinconó la reciprocidad, que subsistió solamente en el ámbito de las prestaciones no contributivas. El art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1996 no fue adaptado, convirtiéndose en un mero vestigio

³³⁷ Vid. M. CARDENAL CARRO, *Extranjero «ilegal» y ámbito de cobertura de la Seguridad Social*, AS, nº 2, 1998, pp. 37-38.

anacrónico de una regulación superada. De lo contrario, si se admite su plena vigencia y aplicabilidad, se estaría reconociendo que la reciprocidad aún cuenta con cierto ámbito de actuación en materia de Seguridad Social, al menos en lo que respecta a las contingencias comunes; y esa interpretación *contrario sensu* en nada beneficia al trabajador extranjero. La reciprocidad ha desaparecido de este sector del ordenamiento y no puede convertir en sujeto causante de prestaciones a quien no está incluido en el ámbito subjetivo del Sistema.

El tercero de los puntos de apoyo para la concesión de prestaciones por contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular peca de los mismos defectos que los anteriores. No cabe negar que el Sistema de Seguridad Social concede una posición privilegiada a las contingencias de origen profesional, que incluso permite obviar el incumplimiento de determinados requisitos de índole formal, que de otro modo frustrarían el acceso a las prestaciones. El alta de pleno derecho es un ejemplo palmario. El art. 125.3 LGSS configura esta institución, que consiste, básicamente, en una excepción a la regla general del art. 124.1 LGSS, precepto que condiciona el derecho a prestaciones al cumplimiento de los requisitos de afiliación, por un lado, alta o situación asimilada, por otro, y, en ciertos casos, de un período de carencia. Sin embargo, el art. 125.3 LGSS admite que en determinados supuestos, como la actualización de una contingencia profesional, el incumplimiento empresarial de su obligación de afiliar y/o dar de alta al trabajador no perjudica los derechos de éste, en la medida que a efectos del Sistema de Seguridad Social será considerado como afiliado, si no lo estaba ya, y en situación de alta en el régimen correspondiente. El alta de pleno derecho se acompaña del principio de automaticidad de las prestaciones (art. 126.3 LGSS), en virtud del cual el Sistema abonará las prestaciones al beneficiario, sin perjuicio del derecho de repetición contra el empresario infractor³³⁸.

A primera vista, el alta de pleno derecho y el principio de automaticidad justifican la inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular, al menos respecto de las contingencias allí reconocidas (no sólo las profesionales, sino también el desempleo y la asistencia sanitaria)³³⁹. No en vano, el art. 125.3 LGSS pretende dar cobijo a trabajadores que no están afiliados y/o en alta, y los extranjeros irregulares se encuentran en esa circunstancia. Pero ese precepto presupone que los trabajadores

³³⁸ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 177-178.

³³⁹ Vid. A.L. DE VAL TENA, *El derecho de los extranjeros a la protección de la salud*, REDT, nº 109, 2002, pp. 63-65.

cumplen los requisitos legales correspondientes, y que si su situación no está formalizada es por causa exclusivamente imputable a la falta de diligencia o de buena fe del empresario.

Así se infiere sin dificultad del tenor literal, pues el alta de pleno derecho en materia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo (y asistencia sanitaria por contingencias comunes) únicamente beneficia a «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación» del Sistema, aunque el empresario «hubiere incumplido sus obligaciones» (art. 125.3 LGSS)³⁴⁰. Los extranjeros en situación irregular no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema, y, por consiguiente, el empresario no puede incumplir una obligación, la de afiliación y/o alta, que técnicamente no nace.

Podría pensarse que el incumplimiento de las obligaciones que menciona el art. 125 LGSS alcanza asimismo a la obtención de la autorización para trabajar, pero esa obligación no se deriva de la normativa de Seguridad Social. El art. 125.3 LGSS alude, sin duda ninguna, a la obligación patronal de solicitar la afiliación y/o alta (art. 100 LGSS), y ése es el incumplimiento que da lugar a la aplicación del alta presunta. El hecho de que el empresario no haya solicitado la autorización para trabajar puede acarrearle otras consecuencias, pero en modo alguno supone la entrada en juego del alta de pleno derecho, que no es más que una forma de suplir el alta real, y en su caso la afiliación, que no han tenido lugar por causa imputable al empresario³⁴¹. Entre el trabajador y el empresario surgen una serie de derechos y obligaciones que se mueven en planos distintos, ajenos al marco que en principio es más propio de esa situación, el laboral y de Seguridad Social. Al empresario le incumben determinadas obligaciones fiscales, por ejemplo, y su inobservancia no da lugar a la aplicación del alta de pleno derecho ni a la automaticidad de las prestaciones. Desde esta perspectiva, la obligación de solicitar y obtener las correspondientes autorizaciones para contratar a un extranjero no se corresponde con el ámbito de la Seguridad Social, aunque indirectamente pueda tener su repercusión, y por ello no puede ser de aplicación un remedio previsto estrictamente para el incumplimiento de una obligación típica de este ámbito, como es la de proceder a los oportunos actos de encuadramiento.

³⁴⁰ Vid. STCT de 17-11-1979 (Ar. 6457).

³⁴¹ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 30-4-2002 (AS 1593) y de Andalucía/Sevilla de 15-1-1998 (AS 214).

De este modo, y debiendo descartarse también el art. 127.3 LGSS –que regula la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con las indemnizaciones derivadas del ilícito penal o civil, pero sin conexión alguna con la extranjería-, el art. 36.3 LOE constituye el principal bastión para defender el derecho de los extranjeros en situación irregular a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Pero por sí solo tampoco podría fundamentar esa pretensión, a pesar de que tras la LO 14/2003 ese precepto atribuye al extranjero el derecho a las «prestaciones que pudieran corresponderle». Esa expresión, deliberadamente abierta, pudiera referirse a las prestaciones por contingencias profesionales, pero también a todas las prestaciones de Seguridad Social, a la asistencia sanitaria, a la asistencia social, etc. Por vía exegética cabe completar esa indefinición de forma más generosa o más restrictiva casi a voluntad del intérprete, porque el legislador no ha mostrado una voluntad decidida de concluir el debate³⁴². La protección por riesgos profesionales presupone la inclusión en el Sistema, porque las prestaciones que en su caso se generan forman parte del contenido de la acción protectora (arts. 38 y 114 a 119 LGSS); y para que esos beneficios alcancen a los extranjeros en situación irregular es imprescindible una declaración de voluntad expresa –y preferiblemente en afirmativo- por parte del legislador.

Como argumento de cierre, también se ha acudido al art. 9.2 ET, en la medida que la «remuneración consiguiente a un contrato válido» podría incorporar la reparación de los daños causados por la actualización de una contingencia profesional³⁴³. Sin embargo, no se explica por qué se limita esa extensión a las contingencias de origen profesional y exclusivamente respecto de los extranjeros; a partir de esas mismas consideraciones habría de reconocerse la incorporación al Sistema en cualesquiera supuestos de nulidad del contrato. El hecho de que en ocasiones el empresario haya de soportar económicamente el coste de las prestaciones por contingencias profesionales, y más en estos supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización (art. 126 LGSS), no es un argumento sólido, porque entonces sería menester dispensar protección en caso de incapacidad temporal por contingencia común, al menos entre el cuarto y el decimoquinto día, período cuyo pago también corresponde al

³⁴² «Si se lo propone de verdad, el legislador puede poner remedio en buena medida al desorden legislativo actual, que se debe en parte a una defectuosa comprensión de la estructura real de nuestro ordenamiento de la Seguridad Social en este final de siglo, y también a la sucesión y encabalgamiento de reformas fragmentarias no suficientemente meditadas en cuanto a su incidencia en el conjunto»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999, pág. 363.

empresario. Asimismo, debería tener lugar una redefinición del concepto de salario, en la medida que el art. 26.2 ET considera excluidas de ese concepto «las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social»; y el sujeto obligado al pago –TGSS, mutua o empresario- no predetermina la naturaleza de la prestación, que en ningún caso se convierte en salario.

En definitiva, desde una perspectiva dogmática es claro que el Sistema de Seguridad Social no debe resultar vinculado en los casos en que no se cumplen los requisitos para acceder a su campo de aplicación. Imputar responsabilidad al Sistema cuando la prestación deba ser soportada por el empresario, por entender seguramente que la afectación a la estabilidad económica es mínima o nula, no puede servir como argumento: Al margen de la automaticidad, el Sistema debería responder subsidiariamente por insolvencia empresarial, y, en cualquier caso, el reconocimiento del derecho a una pensión supone, de principio, un potencial aumento del gasto para el Sistema Nacional de Salud, pues la asistencia sanitaria sería dispensada sin las limitaciones del art. 12 LOE.

La eventual constitución de un capital coste no supone una completa exoneración de cargas para el Sistema, porque el cálculo, basado en estimaciones sobre la esperanza de vida³⁴⁴, puede pecar por defecto –aunque también por exceso-, sin perjuicio de la posibilidad de que el pensionista se convierta en sujeto causante de prestaciones por muerte y supervivencia. El hecho de que sea el empresario, o la mutua, quien soporte inicialmente el coste de las prestaciones de Seguridad Social no exonera al Sistema ni sostiene esas interpretaciones. Además, debería justificarse asimismo el título de imputación de responsabilidad al empresario, que no podría, aunque lo desease, constituir la relación jurídica de Seguridad Social ante la imposibilidad de afiliar y/o dar de alta al trabajador. Si se generan responsabilidades de Seguridad Social, podría incluso prosperar una hipotética reclamación empresarial exigiendo responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento normal o anormal de un servicio público (la

³⁴³ Vid. J.M. MARÍN CORREA, *Accidente de trabajo y residencia ilegal. Nota a la STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999*, AL, nº 4, 2000, pp. 373-374.

³⁴⁴ Vid. Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, por la que se desarrollan los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social.

Seguridad Social)³⁴⁵, porque se le imputa el incumplimiento de una obligación que la propia Administración, por aplicación de la ley, no permite cumplir³⁴⁶.

La exclusión del Sistema del extranjero irregular no supondría una completa desprotección, porque es un principio inmanente a un Estado social que el trabajador tiene derecho a ser protegido por los riesgos que sufra en el desempeño del trabajo. Pero el responsable de esa obligación de resarcimiento es el empresario, y no el Sistema de Seguridad Social. Para exigir esa responsabilidad el ordenamiento ofrece otras vías, responsabilidad civil en definitiva³⁴⁷, y a esos efectos sí podría tomarse en consideración la normativa de Seguridad Social en orden a cuantificar el importe de la indemnización³⁴⁸. En este sentido, el TS ha advertido que la situación irregular no puede constituir «una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal»³⁴⁹. Por consiguiente, la carencia de las autorizaciones correspondientes para residir y/o trabajar no habilita al empresario para lucrarse injustamente a costa del trabajador, pero tampoco permite que éste reclame derechos de Seguridad Social frente a los poderes públicos.

El contexto normativo descrito, en el que el art. 36.3 LOE ofrecía el único punto de apoyo de cierta solidez, se ha visto alterado en alguna medida por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, mediante el que se modifica el art. 42 RD 84/1996 con el propósito de clarificar la situación de los trabajadores extranjeros en materia de Seguridad Social. El precepto –que podría incurrir en *ultra vires* por la expresa exigencia de residencia legal en el art. 7.1 LGSS- recoge la última doctrina jurisprudencial al disponer que los extranjeros en situación irregular que sean nacionales de Estados parte del Convenio nº 19 OIT «se considerarán» comprendidos en el campo de aplicación del Sistema a los efectos de contingencias de origen profesional, «sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente

³⁴⁵ Art. 106.2 CE, arts. 139 y ss. Ley 30/1992 y RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

³⁴⁶ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (II)*, RL, nº 7, 1999, pp. 1 y ss.

³⁴⁷ En contra del recurso a la responsabilidad civil, vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales*, Justicia Laboral, nº 16, 2003, pp. 5 y ss.

³⁴⁸ Vid. SSTSJ de Madrid de 10-5-1995 (AS 2202) y de Cataluña de 20-11-1997 (AS 3938).

³⁴⁹ Cfr. STS (Penal) de 29-3-2004 (Ar. 3424).

reconocida»³⁵⁰. El nuevo art. 42 RD 84/1996 declara la exclusión del Sistema respecto del resto de contingencias –y *contrario sensu* la completa exclusión de los nacionales de Estados no suscriptores del Convenio n° 19 OIT-, aunque añade que los extranjeros en situación irregular «pueden considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley».

La nueva redacción del art. 42 RD 84/1996 no ofrece una solución satisfactoria ni social ni jurídicamente³⁵¹. El primero de sus defectos consiste en calificar como potenciales beneficiarios únicamente a los trabajadores en situación irregular «de países que hayan ratificado el Convenio n° 19 de la OIT». Por un lado, el Convenio n° 19, como se dijo, no exige el ingreso en el Sistema de los extranjeros en situación irregular, y, por otro, la restricción del nuevo art. 42 RD 84/1996 contradice la doctrina jurisprudencial, pues la STS de 9-6-2003 (Ar. 3936) declaró comprendido en el Sistema a efectos de contingencias profesionales a un súbdito ecuatoriano a pesar de que Ecuador no es parte del citado Convenio. Además, la remisión a la ya desaparecida reciprocidad es incomprensible –salvo por inercia-, y la afirmación de que los extranjeros en situación irregular «pueden considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley» carece de contenido, y en todo caso es innecesaria si el acceso a esas prestaciones ya está reconocido expresamente en otra norma.

El art. 42 RD 84/1996 más que resolver problemas interpretativos añade nuevos interrogantes. A la postre, la ubicación del precepto podría hacer pensar que los empresarios podrán afiliar y dar de alta a los extranjeros en situación irregular –al menos a quienes son nacionales de países firmantes del Convenio n° 19- a los solos efectos de contingencias de origen profesional, porque el RD 84/1996 es una norma dirigida a la gestión, que se detiene en los requisitos necesarios para proceder a la inscripción de empresas, a la afiliación y a las altas y bajas de los trabajadores; pero la literalidad del precepto –«se considerarán incluidos en el Sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda»- ofrece una impresión distinta, más en

³⁵⁰ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *Últimas modificaciones de Seguridad Social (A propósito del RD 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican diversos ámbitos de la Seguridad Social y de otras disposiciones reglamentarias)*, RTSS (CEF), n° 271, 2005, pp. 89 y ss.

³⁵¹ Aunque desde una perspectiva contraria a la que aquí se sostiene, es tachado de «ilegal» por O. MOLINA HERMOSILLA y C. MOLINA NAVARRETE, «Tapeando» en espera de la nueva «gran reforma laboral»: comentario a las últimas novedades normativas (abril-octubre de 2005), RTSS (CEF), n° 272, 2005, pp. 113-114.

la órbita de las consecuencias *a posteriori* de la actualización de la contingencia que de la formalización de los actos de encuadramiento al inicio de la actividad.

!

CAPÍTULO VII- LA ASIMILACIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE EXTENSIÓN DEL SISTEMA

Los modelos bismarckianos nacieron por y para los trabajadores asalariados de la industria y los servicios; pero el desarrollo económico propició reivindicaciones de otros colectivos, fueran asalariados, autónomos, o prestadores de servicios que no se identificaban propiamente con ninguna de esas categorías, pero que «sociológicamente son trabajadores»¹. En ese contexto, los Estados procedieron a ensanchar el campo de aplicación de la Seguridad Social, primero a través de la constitución de regímenes especiales particulares, y después recurriendo a la asimilación del colectivo concreto con los trabajadores asalariados o autónomos². La asimilación como vía de incorporación al Sistema de Seguridad Social actúa de dos formas diferentes. Por un lado, la asimilación se ha utilizado para concretar el régimen de encuadramiento de sujetos que desarrollan una actividad profesional, lo que en ocasiones ha supuesto una verdadera incorporación al Sistema de colectivos que hasta entonces permanecían al margen de él; en la medida que son trabajadores, en sentido amplio, su situación quedó expuesta en el capítulo correspondiente a la profesionalidad³. Por otro, la asimilación ha permitido extender la modalidad contributiva del Sistema a colectivos que realizan una actividad que estrictamente no reúne las condiciones mínimas de profesionalidad que justifican e imponen la inclusión en su campo de aplicación; no se produce en estos casos una asimilación a trabajadores, sino una auténtica asimilación a la profesionalidad. Esta segunda faceta es la que ahora interesa

1- Origen, fines y funciones de la asimilación

Podría estimarse que tras la incorporación de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia el único colectivo excluido del Sistema estaría formado por los inactivos, aquéllos que no desarrollan una actividad profesional. Sin embargo, las nuevas formas de producción y, en general, la multiplicidad de maneras en que puede manifestarse una prestación de servicios, exigen la adopción de criterios dotados de la adecuada flexibilidad, para impedir que determinadas formas de trabajo

¹ Cfr. E. MUT RÉMOLA, *El Sistema de la Seguridad Social*, RPS, nº 94, 1972, pág. 52.

² Vid. F. FERRERAS ALONSO, *El campo de aplicación del Sistema: profesionalidad versus universalidad*, Información Comercial Española, nº 630-631, 1986, pp. 28 y ss.

productivo queden al margen del Sistema porque no constituyen una actividad asalariada, por cuenta propia o, en su caso, funcionarial; a la postre, la calificación como trabajo autónomo del que se realiza sin sujeción a contrato de trabajo, sin mayor consideración, supone «una identificación desafortunada»⁴, por más que así se deduzca del art. 2.1 Decreto 2530/1970.

La estructuración del Sistema en diferentes regímenes resulta determinante, porque en una visión reduccionista el art. 7 LGSS, y más si cabe el art. 41 CE, podrían resultar desvirtuados si la delimitación del campo de aplicación del Sistema tuviera lugar a través de una mera yuxtaposición de los sujetos incluidos en cada uno de los regímenes. En esa coyuntura, el Sistema dispensaría protección, por un lado, a los trabajadores asalariados de la industria y los servicios, del mar, agrícolas, los dedicados al servicio doméstico y a la minería del carbón y, por otro, a los trabajadores por cuenta propia de cualesquiera sectores, así como a los estudiantes y los funcionarios. En consecuencia, quedarían excluidos del Sistema, porque ningún régimen los admitiría, los sujetos que desarrollasen una actividad profesional en condiciones diferentes a las antedichas. La rigidez de las categorías de asalariado o autónomo puede perjudicar la expansión subjetiva del Sistema, por las disfunciones que se producen entre el resultado de sumar los integrantes de cada uno de los regímenes y el ámbito subjetivo potencial del Sistema de Seguridad Social.

En un primer momento, la incorporación de nuevos colectivos al Sistema de Seguridad Social se llevó a cabo a través de la creación de regímenes especiales, que proliferaron como continuación del mutualismo laboral. Posiblemente, una de las razones de la aparición de esos regímenes estribaba en el respeto a las categorías jurídicas de asalariado y autónomo y a los regímenes principales destinados a ellos. De este modo, colectivos con grandes particularidades, cuya calificación como asalariados o autónomos pudiera ser discutida, quedaron incluidos en el Sistema, pero en condiciones diferentes a las que disfrutaban quienes encajaban en el concepto clásico; los artistas, los futbolistas, los toreros o los escritores de libros, entre otros, son claros ejemplos.

³ III.

⁴ Cfr. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64, pág. 442.

Sin embargo, la efectividad en el cumplimiento de los objetivos del Sistema estaba reñida con una fragmentación de esas proporciones. La lógica obligaba a reducir regímenes especiales y, con ello, a integrar en el mismo régimen a colectivos heterogéneos. Esta nueva forma de proceder facilitaría la incorporación al Sistema de nuevos sujetos, porque ya no se constituirían más regímenes especiales, sino que se ampliaría el ámbito subjetivo de uno de los existentes, fórmula técnicamente más adecuada y con menores repercusiones económicas y de gestión.

Desde una exégesis contextual, parece evidente que el art. 7 LGSS delimita el campo de aplicación del Sistema, de modo que los regímenes especiales constituyen únicamente una parcelación destinada a concretar las particularidades de protección para determinados colectivos. Por consiguiente, todos los mencionados en el art. 7 LGSS debèn poder incorporarse a alguno de los regímenes del Sistema, mientras que los sujetos que no aparezcan en la relación de ese precepto no podrán quedar comprendidos, al menos teóricamente, en ninguno de esos regímenes. El art. 7 LGSS no contiene una lista completamente cerrada, sino que concede una vía de ampliación en previsión del eventual nacimiento de nuevas actividades profesionales o de la incorporación posterior de quienes realicen actividades no protegidas originalmente; en efecto, ese precepto declara comprendidos en el Sistema no sólo a los trabajadores asalariados, sino también a quienes se encuentren «asimilados a ellos» [art. 7.1.a) LGSS], facultando al legislador y al Ejecutivo para graduar el volumen de sujetos de nueva incorporación y el momento en el que se les reconocerá el acceso. No en vano, la técnica de la asimilación supone únicamente, tal y como está recogida en el art. 7.1 LGSS, una expansión del Sistema meramente potencial, ya que no hay un catálogo de sujetos o actividades susceptibles de asimilación, ni un calendario para proceder en ese sentido⁵.

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; a la postre, el precepto contiene una habilitación prácticamente en blanco, sin establecer limitaciones *a priori* ni encorsetar futuras decisiones que hayan de adoptarse ante supuestos particulares que en estos momentos

⁵ El margen de maniobra que concede el mecanismo explica el porqué de su utilización en la práctica totalidad de los países que toman la actividad profesional como punto de referencia de la concesión de beneficios sociales. En algunos casos sólo se procede a la asimilación a trabajadores por cuenta ajena, y en otros, como en Grecia, también se han producido asimilaciones con los trabajadores por cuenta propia

podrían ser imposibles de prever. En la vertiente negativa habría que poner de manifiesto el peligro de renunciar al establecimiento de obligaciones para los poderes públicos, lo que podría derivar en una absoluta ineficacia de la previsión si, por unas u otras razones, no se procede a ninguna asimilación⁶.

Esa competencia, por cierto, la comparten el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Aunque es más frecuente la asimilación por vía reglamentaria, existen destacados ejemplos de asimilación legal, al margen de los que recoge el art. 7 LGSS (estudiantes y socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado). Así se constata sin dificultad en el art. 97 LGSS, precepto encargado de delimitar el campo de aplicación del Régimen General. Concretamente, el art. 97.2 k) LGSS asimila a trabajadores por cuenta ajena a los administradores y consejeros de sociedades mercantiles capitalistas que no ostenten el control efectivo⁷.

Con todo, ha sido el Poder Ejecutivo quien se ha ocupado principalmente de propiciar el ingreso en el Sistema por esta vía. La habilitación específica, al menos para la asimilación a trabajadores por cuenta ajena, no se encuentra en el art. 7 LGSS, sino en el art. 97.2.1) de la misma norma, que permite la incorporación al Régimen General, y en muchos casos su inclusión *ex novo* en el Sistema de Seguridad Social, 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». Esa facultad ha sido utilizada en multitud de ocasiones para integrar en el Sistema a colectivos muy heterogéneos.

La frecuencia con la que se recurre a esta técnica de asimilación se explica, en primer lugar, porque puede propiciar inclusiones de carácter constitutivo. Sin una norma específica, muchos de esos colectivos permanecerían al margen del Sistema, en la medida que únicamente a través de una interpretación extraordinariamente forzada podría entenderse que encajan en el concepto de trabajadores asalariados, autónomos o funcionarios. En ausencia de norma, por consiguiente, no se produce incorporación, ni extensión subjetiva del Sistema. Pero ello, por sí solo, quizás no explica completamente el porqué de una utilización que, en términos cuantitativos, podría causar extrañeza por su asiduidad, sobre todo tomando en consideración que la extensión del ámbito subjetivo del Sistema ha sido acometida históricamente con gran cautela por las

como modelo; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 162.

⁶ Vid. STC 37/1994, de 10 de febrero.

repercusiones económicas que conlleva la inclusión de colectivos de dimensiones relevantes.

Una de las principales razones del recurso a la asimilación estriba, sin duda, en la posibilidad de modular la acción protectora, puesto que el colectivo asimilado no tiene garantizada una identidad de protección respecto del colectivo que actúa como referencia. Al contrario, es posible concretar las condiciones de esa asimilación y, por consiguiente, reducir –o aumentar– la intensidad de la acción protectora. En principio, el Sistema establece una serie de prestaciones que se generan cuando se materializa el hecho causante en un sujeto que está comprendido en su campo de aplicación, prestaciones que pueden contar con alguna diferencia en función del régimen. Pero no todos los incluidos en un mismo régimen gozan de una protección completa y equivalente, sino que los asimilados, con carácter general, adolecen de ciertas desventajas, porque es frecuente que la norma que procede a la asimilación excluya determinadas contingencias. El art. 114.2 LGSS así lo explicita, al afirmar que «en el supuesto a que se refiere el apartado 2 k) del artículo 97 (LGSS), la propia norma en que se disponga la asimilación a trabajadores por cuenta ajena determinará el alcance de la protección otorgada».

Es cierto que la remisión al apartado k) del art. 97 LGSS puede hacer pensar que esa modulación en la acción protectora se limita al supuesto que en dicho precepto se recoge, el de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas que carezcan de control efectivo. Pero es ésa una interpretación que no cabe sostener. En realidad, el art. 114.2 LGSS no remite al apartado 2 k) del art. 97 LGSS, sino al apartado 2 l), esto es, a la habilitación general al Gobierno para que proceda a la asimilación de los colectivos que estime oportuno. En efecto, ya en la LGSS 1974 la posibilidad de alterar el alcance de la acción protectora se remitía a quienes fueran asimilados por Decreto [art. 61.2 h) y art. 83.2]. Así se mantuvo en la LGSS 1994 hasta que la Ley 66/1997 desplazó esa previsión a la letra l), lo que ha provocado una falta de sintonía en la remisión del art. 114.2 LGSS, que debería haber sido actualizada para mantener la concordancia. Por consiguiente, el defecto debe ser salvado mediante una interpretación conforme a los antecedentes legislativos. A la postre, la remisión al art. 97.2 k) LGSS carece de contenido, porque ese precepto, por sí mismo, ya concreta la acción protectora del colectivo asimilado.

⁷ III.8.

De este modo, la asimilación no actúa únicamente como mecanismo de ingreso en el Sistema, sino que permite modular los actos de encuadramiento, la cotización y la intensidad de la acción protectora; además, es determinante en materia de encuadramiento. No en vano, las normas que proceden a la asimilación determinan el régimen de encuadramiento, o, cuanto menos, conceden al colectivo asimilado un derecho de opción entre varios, aunque no siempre pueda ejercitarse individualmente, porque en determinadas ocasiones la voluntad colectiva ha sido exigida legalmente tanto para ingresar en el Sistema, como precisamente para concretar el régimen de encuadramiento (socios trabajadores de cooperativas)⁸.

La LGSS sólo prevé, al menos de forma expresa, la asimilación a los trabajadores asalariados; a tenor del art. 7 LGSS ningún otro colectivo podría tomarse como modelo para una eventual asimilación, y tampoco las normas que rigen los regímenes especiales proporcionan un sustento claro para ello. Sin embargo, la universalidad subjetiva aconseja adoptar una perspectiva más amplia, que admita asimilaciones a las otras dos categorías clásicas de actividad profesional: trabajo por cuenta propia y funcionariado⁹. Se facilita con ello no sólo la expansión del Sistema de Seguridad Social, sino también la adecuación de las normas correspondientes a la concreta situación del colectivo asimilado. En consecuencia, aunque las asimilaciones a trabajadores asalariados son las más frecuentes, se han producido significativas asimilaciones a trabajadores por cuenta propia¹⁰ e incluso a funcionarios¹¹. No obstante, la asimilación, completa o meramente parcial, es un remedio insuficiente para alcanzar la universalidad subjetiva, porque no cubre todos los vacíos. En ausencia de asimilación, quienes desarrollen actividades no mencionadas en el catálogo del art. 7 LGSS quedarán excluidos del Sistema.

2- Concepto y formas de asimilación

⁸ III.6.

⁹ La asimilación al trabajador autónomo «aunque no está prevista expresamente, a diferencia del Régimen General de la Seguridad Social, parece, en todo caso, posible»; cfr. S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, RL, nº 7-8, 2000, pág. 100. En contra de esta posibilidad, vid. A. CUBAS MORALES, *Por un nuevo régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: cuatro bases y una cuestión de principios*, RTSS, nº 20, 1995, pp. 171 y ss.

¹⁰ VII.6.

¹¹ IV.3 *in fine*.

Por sus indudables virtudes, la asimilación se ha convertido en el principal instrumento de expansión del ámbito subjetivo del Sistema, pues constituye una vía más racional y operativa que la creación *ex novo* de regímenes especiales para cada colectivo de nueva incorporación. Las peculiaridades introducidas en materia de acción protectora han provocado numerosos problemas, y se requiere un estudio individualizado y pormenorizado para comprender las razones y consecuencias reales de cada concreto supuesto de asimilación, y así obtener una mejor panorámica. No obstante, respecto del ámbito subjetivo del Sistema lo relevante es el dato de la inclusión en sí mismo, de lo que no cabe dudar aunque la acción protectora no se dispense de forma completa (suele excluirse el desempleo) y se prevean reglas especiales sobre cotización y/o cálculo y cuantía de alguna prestación.

Cada uno de los colectivos asimilados ha superado diversas vicisitudes hasta conseguir su ingreso en el Sistema, por lo que casi todos ellos cuentan con características que, de una u otra forma, merecen comentario. En algunos casos las incorporaciones se han producido de forma implícita, esto es, mediante asimilaciones técnicamente poco ortodoxas, en supuestos de exclusión del trabajo asalariado, pero sin concurrir los caracteres propios del trabajo autónomo —corresponsales no banqueros¹² que no merezcan el calificativo de asalariados¹³, o transportistas dependientes con vehículo propio de peso superior a dos toneladas métricas [art. 1.3.g) ET y art. 41 RD 1211/1990]¹⁴, por ejemplo—; su acceso al RETA, y al Sistema por consiguiente, resulta «la solución menos inconveniente»¹⁵.

¹² Vid. art. 1.2.c) RD 1438/1985.

¹³ Los corresponsales no banqueros están unidos a las entidades bancarias contratantes por un vínculo mercantil, como establece la OM de 17-11-1981, cuando sus funciones se limitan al cobro de letras y efectos de giro, en los términos de la derogada OM de 5-5-1965, a la que debe acudir a los solos efectos de determinar los cometidos del corresponsal no banquero. Por el contrario, si el corresponsal no banquero realiza asimismo otras funciones como «promover toda clase de operaciones previstas en los Estatutos de la Caja Rural, representar a ésta en exclusiva a tales efectos, custodiar los fondos confiados, realizar operaciones de ingreso y pago de cheques, cumplimentar la documentación producida de conformidad con las instrucciones impartidas, abrir cuentas corrientes y efectuar el parte diario de caja en caso de movimiento» sin asumir el riesgo la relación jurídica que une a las partes, esa relación se sustenta en un verdadero contrato de trabajo; vid. STS (Cont-Adv.) de 24-4-1987 (Ar. 4753) y SSTS (Social) de 7-3-1983 (Ar. 1112) y de 31-5-1991 (Ar. 3930).

¹⁴ Sobre el particular, vid. SSTC 227/1998, de 26 de noviembre, y 9/1999, 8 de febrero, y SSTS de 5-6, 18-7 y 23-12-1996 (Ar. 4994, Ar. 6159 y Ar. 9843), de 6-2 y 3-3-1997 (Ar. 997 y Ar. 2193), de 15-6 y 23-11-1998 (Ar. 5262 y Ar. 10018) y de 16-3 y 8-6-1999 (Ar. 2998 y Ar. 6735).

¹⁵ Cfr. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64, pág. 442.

En cuanto a las asimilaciones expresas, la inclusión de alguno de esos colectivos ha ocasionado, y aún ocasiona, conflictos de variada índole, y suscita problemas interpretativos y aplicativos de gran entidad, justificando una abundante literatura jurídica que, por el momento, no ha logrado cerrar completamente determinadas cuestiones. La situación de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado¹⁶, o de los consejeros y administradores de sociedades¹⁷, son ejemplos evidentes; aunque en términos generales las incertidumbres que hoy plantean se reducen al régimen de encuadramiento, su condición de asimilados puede repercutir también en el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social; la posibilidad de acceder con anterioridad a la mayoría de edad a uno de los regímenes que permiten el alta de trabajadores autónomos constituye, como se vio, una excepción justificada precisamente por la condición de asimilado¹⁸.

La asimilación es una categoría en constante movimiento, supeditada al concepto de trabajador asalariado y de trabajador por cuenta propia, porque quien merezca técnicamente una u otra calificación no deberá considerarse asimilado. Precisamente por ello, ciertos colectivos que hoy se encuentran en el Sistema de Seguridad Social por la condición –legalmente reconocida– de trabajadores asalariados, debieron acceder en su momento como asimilados, porque su vínculo no constituía una relación laboral por aquel entonces. Así ha acontecido con los reclusos que efectúen trabajos penitenciarios retribuidos; el Decreto 573/1967, de 16 de marzo, los incluyó en el Sistema de Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero el título jurídico que hoy justifica su ingreso es el propio contrato de trabajo.

Las consecuencias de la incorporación por una u otra vía resultan evidentes, porque el asimilado es un sujeto comprendido en el Sistema en tanto esté en vigor la norma que ha procedido a su asimilación, y quedará excluido si dicha previsión normativa desaparece, puesto que la inclusión ha de calificarse como constitutiva en la mayoría de los supuestos. Por el contrario, el trabajador asalariado, con relación laboral común o especial, se encuentra comprendido en el Sistema por el mero hecho de estar vinculado por un contrato de trabajo; no es imprescindible que una norma refleje expresamente esa circunstancia para cada concreto colectivo, y cuando efectivamente lo hace tiene un valor declarativo. La auténtica virtualidad de esas normas, como se puede comprobar en el RD 782/2001, de 6

¹⁶ III.6.

¹⁷ III.8.

¹⁸ III.4.

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, no consiste en alterar la configuración del campo de aplicación, sino en establecer peculiaridades en materia de actos de encuadramiento, cotización e intensidad de la acción protectora.

La mayor virtud de la asimilación como herramienta de ampliación del ámbito subjetivo del Sistema –y su mayor defecto desde la perspectiva de la efectividad de la protección dispensada- es su gran flexibilidad. No sólo puede modular las obligaciones formales, de cotización y, sobre todo, la acción protectora, sino que concede al legislador importantes facultades en la ampliación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social. La asimilación a trabajadores, por cuenta propia o ajena, constituye la manifestación natural o más característica de la asimilación, y permite ampliar progresivamente el número de actividades profesionales protegidas por el Sistema de Seguridad Social, para superar las categorías de asalariado, autónomo y funcionario público. La actividad profesional se convierte, por tanto, en un ingrediente natural para el normal funcionamiento de la asimilación. Así se explica, por ejemplo, que los consejeros y administradores activos de las sociedades de capital hayan sido incluidos en el Sistema como asimilados, mientras que los consejeros pasivos, y todos los socios de sociedades de capital cuyo objeto social esté constituido por la mera administración del patrimonio de los socios, estén fuera del Sistema por expresa voluntad legal (DA 27ª LGSS)¹⁹.

Sin embargo, esta primera aproximación se desvirtúa al constatar que no todos los sujetos que han sido asimilados desarrollan técnicamente una actividad profesional, o al menos dotada de la suficiente dosis de profesionalidad como para justificar el ingreso en el Sistema de Seguridad Social en condiciones equiparables a un trabajador asalariado, autónomo o a un funcionario. Algunas de las actividades que se han beneficiado de la asimilación carecen, por ejemplo, de compensación económica y ánimo de lucro, elemento implícito con carácter general para ingresar en el Sistema y explicitado legalmente respecto del trabajo autónomo²⁰. La asimilación no se ha limitado a facilitar el acceso al Sistema a los profesionales que se veían excluidos por no cumplir los requisitos de esas tres actividades clásicas, sino que ha permitido la incorporación de colectivos no profesionales. Por consiguiente, la asimilación que tiene lugar en estos supuestos puede considerarse como una auténtica asimilación a la profesionalidad.

¹⁹ III.8.

²⁰ III.3.

En este contexto, la asimilación a trabajadores se dirige a colectivos que son destinatarios naturales o lógicos de la protección en un modelo contributivo de Seguridad Social, mientras que la asimilación a la profesionalidad incide en sujetos a los que no parece adaptarse un sistema de origen bismarckiano, de modo que su ingreso en el Sistema de Seguridad Social podría posponerse hasta el desarrollo de mecanismos plenamente asistenciales, como las prestaciones no contributivas. El clero y los estudiantes, por contraposición a los ya mencionados socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado o consejeros y administradores de sociedades, resultan plenamente ilustrativos. Mientras los últimos desarrollan una actividad profesional que naturalmente debe estar protegida por el Sistema -y sólo las dificultades financieras, el clientelismo o incluso la tardía reacción del legislador por la escasa entidad cuantitativa y/o intensidad reivindicativa de los afectados explican su ausencia del campo de aplicación-, los primeros no son los destinatarios primigenios de los mecanismos de protección contributivos, y su eventual exclusión no sorprendería y ni siquiera perjudicaría la consecución de la «universalidad profesional».

Las diferencias resultan, por tanto, obvias. La asimilación a trabajadores se ha convertido en una herramienta de utilización usual en la evolución del ámbito subjetivo del Sistema. Actúa como un mecanismo de perfeccionamiento del modelo contributivo, extendiendo el Sistema de Seguridad Social a todos los que desarrollen una actividad profesional en el sentido más clásico del término. Esta asimilación a trabajadores no siempre es constitutiva, ya que ha sido utilizada frecuentemente con el único propósito de determinar el encuadramiento en uno de los regímenes del Sistema, o de atribuir la condición de autónomo o asalariado en uno de los regímenes que permiten el alta en ambas situaciones; las asimilaciones de determinados funcionarios a trabajadores asalariados para proceder a su inclusión en el Régimen General²¹, o las de los prácticos del puerto y armadores en el RETM²², así lo atestiguan.

²¹ IV.2.

²² Han sido asimilados a trabajadores por cuenta ajena determinados armadores o los prácticos de puerto constituidos en corporaciones de prácticos o entidades equivalentes [y también los patrones de la Corporación de Prácticos del Puerto (STSJ de Cantabria de 7-10-2003, JUR 75033/2004)], como establece el art. 4 del Decreto 2864/1974. Respecto a los prácticos del puerto constituidos en corporaciones (de lo contrario son trabajadores asalariados, y no asimilados), la DF 3ª Ley 48/2003 los asimiló a trabajadores por cuenta propia, pero el art. 45.Dos.2 Ley 62/2003 derogó ese precepto antes incluso de su entrada en vigor, y prefirió la asimilación a trabajadores por cuenta ajena; vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para 2004*, RL, nº 6, 2004, pp. 118-119; M.A. VICENTE PALACIO, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 47-49.

La asimilación a la profesionalidad, por su parte, tiene como función primordial la de actuar como instrumento de expansión del Sistema de Seguridad Social más allá de las fronteras naturales de un modelo bismarckiano, con menor significación simbólica que las prestaciones no contributivas, pero con una dimensión cuantitativa posiblemente más relevante. En este sentido, la asimilación a la profesionalidad implica necesariamente una inclusión constitutiva en el Sistema de Seguridad Social, y no simplemente un cambio de encuadramiento. Además de los estudiantes, los ministros de culto y los religiosos, la asimilación ha permitido incluir en el Sistema, aunque con una acción protectora limitada a las contingencias de origen profesional, a sujetos que realizan determinadas prestaciones obligatorias²³; por ello, es probable que la asimilación a la profesionalidad hubiera sido el vehículo utilizado para la inclusión de las personas dedicadas al cuidado de su propio hogar de haberse materializado la previsión de la DA 1ª Ley 24/1997²⁴.

Junto a la asimilación a trabajadores o a la profesionalidad, el Sistema ha desarrollado también otra forma de facilitar la incorporación a -o la permanencia en, según los casos- su campo de aplicación; con ese propósito ha concedido un papel determinante a los actos de encuadramiento. En concreto, las situaciones asimiladas al alta han permitido al legislador, y también al Ejecutivo y a la jurisprudencia, extender el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, aunque formalmente se articulan como requisito de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS). No obstante, interesa señalar, en aras de la precisión conceptual, que las situaciones asimiladas al alta no constituyen supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta propia o ajena; las expresiones, ciertamente similares, se mueven en coordenadas muy diferentes. En ambos casos se produce una asimilación, pero las instituciones que se toman como modelo -alta y trabajador- no admiten comparación. Es más, las situaciones asimiladas al alta se dirigen tanto a trabajadores *stricto sensu* como a asimilados a los mismos, mientras que los colectivos asimilados a trabajadores podrán encontrarse o no en situación asimilada al alta. Ahora bien, la situación asimilada al alta podría dar lugar a una asimilación a trabajadores o a la profesionalidad, como ha ocurrido con los parlamentarios²⁵ o los deportistas de alto nivel²⁶.

²³ IX.3.

²⁴ III.3.

²⁵ IV.5.

²⁶ III.7.

3- La temprana asimilación de los estudiantes

La delimitación del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social en atención a la profesionalidad, la territorialidad y la debilidad económica permite explicar la incorporación no sólo de los trabajadores asalariados y autónomos y de los funcionarios, sino también de los asimilados a los mismos. Todos esos colectivos, a la postre, desarrollan una actividad profesional, productiva, y su inclusión en la modalidad contributiva se justifica plenamente. Sin embargo, sólo desde la perspectiva de la universalidad subjetiva en su sentido más propio cabe entender técnicamente –sin recurrir a la inercia de la tradición– la expresa mención a los estudiantes como sujetos comprendidos en el campo de aplicación de la modalidad contributiva del Sistema [art. 7.1.d) LGSS] y, además, aunque con justificación evidente, con un Régimen Especial propio [art. 10.2.f) LGSS]²⁷.

Los estudiantes no se presentan *prima facie* como uno de los objetivos prioritarios del Sistema de Seguridad Social, al menos de una Seguridad Social construida sobre los pilares tradicionales del modelo contributivo. Evidentemente, cuando de forma simultánea realicen una actividad profesional estarán incluidos en el Sistema²⁸; pero el estudio no parece una actividad a la que de forma natural haya de proteger un modelo bismarckiano. Por ello, un sector doctrinal ha criticado la pervivencia e institucionalización de un régimen especial para este colectivo²⁹, propugnando su desaparición y la dispensa de sus beneficios por otras vías³⁰. La paulatina expansión de la previsión social primero, y de la Seguridad Social después, no debería atender, al menos hasta un estadio avanzado de su evolución, a la particular situación de los estudiantes. Es cierto que los estudiantes, sin perder tal condición, pueden desarrollar tareas análogas a las de un trabajador asalariado, como las prácticas en empresas, por ejemplo. Pero en ellas prima el componente formativo, lo que excluye

²⁷ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 412.

²⁸ No todos los Estados reaccionan del mismo modo. En Bélgica, por ejemplo, quedan excluidos del Sistema los estudiantes que desarrollen un trabajo asalariado que dure menos de un mes durante el período estival, en consonancia con la exclusión de los trabajos marginales; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 44.

²⁹ Vid. G. BAYÓN CHACÓN, “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y regímenes especiales”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 18.

³⁰ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 328.

su consideración como actividad protegida (estarían incardinadas en la labor propia del estudiante).

No obstante, los estudiantes vieron reconocido su acceso a la previsión social, mediante un seguro social, antes que otros colectivos que, en principio, lo requerían y demandaban con mayor intensidad (v.gr. los trabajadores autónomos). El establecimiento del Seguro Escolar -Ley de 17 de julio de 1953³¹- no puede considerarse tardío, y posiblemente se produjo en el momento en el que verdaderamente tenía sentido en atención a la situación socio-económica española³². Como es sabido, la II Revolución Industrial generalizó el trabajo infantil, porque esos ingresos resultaban imprescindibles para la subsistencia familiar; la educación constituía entonces un lujo inasequible para el proletariado. Pero el progreso económico y social y el establecimiento de una edad mínima de admisión al trabajo posibilitaron y potenciaron la educación a todos los niveles, y la cultura pasó a ser considerada como «uno de los derechos fundamentales del hombre»³³. Esa nueva concepción de la educación se reflejó en el Bachillerato y en la Universidad, que ya no serían en el futuro un privilegio privativo de clase y de sexo, y tanto la presencia del proletariado, por un lado, como de las mujeres, por otro, no provocaban sorpresa. La comunidad estudiantil, cada vez más amplia y heterogénea, no era extraña a los riesgos de enfermedad, accidente, invalidez y muerte, a los que incluso estaban expuestos de forma más intensa en función de los estudios cursados (manejo de sustancias tóxicas, por ejemplo).

La necesidad de protección de un colectivo que en caso de actualizarse un riesgo quedaba completamente desamparado, llevó al Estado a asimilar la educación a una actividad profesional. El Seguro Escolar pretendía dar efectiva cobertura social a los estudiantes por las contingencias que sufriesen en tal condición, sustituyendo a otras medidas preexistentes, menos ambiciosas pero bienintencionadas, que consistían, ya desde principios del siglo XX, en la promoción de la creación mutualidades y cotos escolares por parte del INP con el propósito de educar en la previsión desde la

³¹ BOE del 18.

³² Un estudio de la previsión social de los estudiantes en derecho comparado puede encontrarse en V. SORIANO GARCÉS, *El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes*, RISS, nº 2, 1978, pp. 384-389.

³³ Cfr. L. JORDANA DE POZAS, "Los estudiantes y la Seguridad Social", en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Vol. 1º, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961, pág. 294; en el mismo sentido, E. BORRAJO DACRUZ, *La política de Seguridad Social en España y los problemas de los estudiantes españoles*, RISS, nº 5, 1953, pp. 868-869, para quien ese carácter de derecho fundamental se advierte con «palmaria evidencia»; también, M. FAGOAGA, *Los estudiantes y la Seguridad Social*, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951, pp. 51 y ss.

infancia³⁴. Seguramente, el coste no demasiado elevado que suponía la incorporación de los estudiantes, por lo limitado de su acción protectora, no suscitaba reticencias importantes de orden financiero y de gestión, y ello coadyuvó a la temprana inclusión de los estudiantes en la previsión social; ese carácter, si se quiere, de seguro social “menor” ha derivado en su condición de régimen especial de Seguridad Social también menor. A la postre, aún se sustenta sobre idénticas bases que en el momento de su creación, y la Ley de 17 de julio de 1953 continúa vigente sin las necesarias adaptaciones.

La referencia genérica a los estudiantes encierra un primer problema de identificación, ya que es menester delimitar el concepto de estudiante a efectos de Seguridad Social. El Sistema no cataloga al estudiante, en cuanto tal, como sujeto comprendido, sino que ha preferido restringir el abanico de posibles afectados. La conformación del ámbito subjetivo del Régimen Especial de Estudiantes se ha producido de manera aluvional, pero es posible apreciar en ese proceso ciertas líneas de tendencia, en las que subyace la presunción de necesidad. Los criterios manejados para delimitar el ámbito subjetivo del Régimen Especial de Estudiantes responden, seguramente, a otros fines y funciones de diverso calado, pero de ellos se deduce la innegable pretensión de dar cabida en el Sistema únicamente a los estudiantes especialmente sensibles, o más proclives a encontrarse en estados de necesidad³⁵.

Desde esta perspectiva, se presume, por un lado, que los mayores de determinada edad ya se han incorporado al mercado laboral, y su experiencia académica es una vía para complementar su formación y mejorar sus expectativas de promoción profesional, o bien que han retomado esa faceta académica para cultivar una afición, por lo que no son considerados estudiantes merecedores de protección. Por otro, el Sistema excluye de forma implícita a los menores de determinada edad, ya que no contempla como estudiante protegido al que se encuentra en período de escolarización obligatoria, porque en esa primera etapa vital las necesidades del estudiante deben ser cubiertas, incluso como obligación legal, por su familia, sus progenitores esencialmente, que, en

³⁴ Vid. S. AZNAR, *Los Seguros Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, pp. 429-461.

³⁵ En este sentido, se ha afirmado que la Ley de 17 de julio de 1953 identificaba a los estudiantes como «jóvenes sin ingresos personales y muy alejados del mundo laboral»; cfr. STSJ de Madrid de 8-11-2001 (AS 587/2002).

su caso, podrían recibir ayuda del Sistema de Seguridad Social mediante las correspondientes prestaciones familiares³⁶.

El ámbito subjetivo del Régimen Especial de Estudiantes se ha constituido a partir de tres parámetros: edad, nacionalidad y grado de estudios. Respecto de la naturaleza de los estudios cursados, la delimitación del concepto de estudiante se conecta con la formación que se recibe, que puede provenir de un organismo público, o de un ente privado, o puede estar más o menos institucionalizada. «Estudiante», a tenor del concepto ofrecido por la RAE, es la «persona que cursa estudios en un establecimiento de enseñanza», de carácter privado o público y durante cualquier etapa de su vida. El concepto de establecimiento de enseñanza requiere, sin duda, de ulterior delimitación, pues habría que precisar si se incluyen en el mismo las autoescuelas, las academias, o incluso un hogar cuando en él se desarrollen esas tareas formativas por una persona con capacitación para ello.

Sin embargo, esas cuestiones carecen de relevancia en el Régimen Especial de Estudiantes, cuyo ámbito subjetivo se ha ido conformando progresivamente, a través de incorporaciones expresas por vía normativa. En su redacción original, la Ley de 17 de julio de 1953 incluyó en el Seguro Escolar obligatorio a los estudiantes universitarios³⁷ y de Escuelas Técnicas Superiores exclusivamente, pero se autorizaba al Gobierno para extender progresivamente el campo de aplicación³⁸. La gestión de este Seguro se encomendó a la Mutualidad de Previsión Escolar, cuyos Estatutos fueron aprobados por una Orden de 11 de agosto de 1953³⁹, norma de desarrollo de la Ley de 1953. La paulatina extensión del campo de aplicación de este Régimen Especial, que suponía la correlativa expansión del Sistema de Seguridad Social mediante la integración de colectivos hasta entonces excluidos, se llevó a cabo bajo la premisa de que el Seguro

³⁶ En otros ordenamientos se ha apostado por configurar un seguro escolar “universal”, para todos los estudiantes. De este modo, en Chile el art. 1 del Decreto Supremo n° 313, de 27 de diciembre de 1972, extiende la protección contra accidentes a los «estudiantes que tengan la calidad de alumnos regulares de establecimientos fiscales o particulares, de nivel de transición de la educación parvularia, de enseñanza básica, media, normal, técnica, agrícola, comercial, industrial, de institutos profesionales, de centros de formación técnica y universitaria, dependientes del Estado o reconocidos por éste». Por el contrario, otros ordenamientos mantienen distinciones, como sucede en Gran Bretaña, donde son excluidos del *Income Support* y del *Jobseeker's Allowance* (una prestación para demandantes de empleo) los menores de diecinueve años que estén recibiendo una «educación relevante» (*relevant education*), esto es, educación no avanzada y a tiempo completo; vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 341 y ss.

³⁷ Derecho hoy reconocido en el art. 46.4 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de Universidades.

³⁸ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *La política de Seguridad Social en España y los problemas de los estudiantes españoles*, RISS, n° 5, 1953, pp. 879 y ss.

³⁹ BOE del 28.

Escolar no alcanza a los estudios obligatorios, estableciendo así un paralelismo con la exclusión de los trabajos forzosos.

La facultad de ampliación concedida al Ejecutivo ha sido utilizada profusamente, y con base en ella se decidió la incorporación al Seguro Escolar –antes por tanto de la institucionalización del Sistema de Seguridad Social- de múltiples estudiantes⁴⁰: los alumnos de escuelas de aparejadores, de ayudantes de ingenieros aeronáuticos, de ayudantes de montes, de ayudantes de obras públicas, de ayudantes de telecomunicación, del Colegio Politécnico de La Laguna, de Grado Profesional de las Escuelas de Comercio, de la Escuela Oficial de Topografía, de Peritos Agrícolas, de Peritos Industriales y de Peritos Textiles⁴¹; los alumnos del Curso Selectivo y de iniciación en escuelas técnicas⁴²; los del Preparatorio de Ingreso en las Escuelas Técnicas⁴³ de Grado Medio⁴³; los alumnos de Peritaje de Minas⁴⁴; los estudiantes de Escuelas Oficiales de Náutica y Máquinas⁴⁵; los estudiantes del Curso Preuniversitario, los de Escuelas Superiores de Bellas Artes y los de Grados Superiores –y no los de grado elemental o medio⁴⁶- de Conservatorio⁴⁷; los alumnos de la Escuela Técnica de Peritos Aeronáuticos⁴⁸; los alumnos de la Escuela Técnica de Grado Medio de Peritos Navales⁴⁹; los estudiantes de las Escuelas Oficiales de Periodismo y Cinematografía⁵⁰; los de Magisterio⁵¹; los alumnos del Bachillerato Superior, General y Laboral y los de las Escuelas de Ayudantes Técnicos Sanitarios⁵²; los alumnos del Instituto Químico de Sarriá⁵³; o los alumnos libres del Bachillerato de Quinto, Sexto y Preuniversitario⁵⁴.

La Ley de Bases de 1963 previó un Régimen Especial de Estudiantes⁵⁵, que nunca se ha llegado a constituir específicamente, y simplemente se ha considerado como tal el Seguro Escolar. Por consiguiente, no sorprende que el ámbito subjetivo del

⁴⁰ Vid. V. SORIANO GARCÉS, *El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes*, RISS, nº 2, 1978, pp. 393-394.

⁴¹ Decreto de 14 septiembre 1956 (BOE de 13 de octubre).

⁴² Orden de 1 de junio de 1960 (BOE del 22).

⁴³ Orden de 30 de noviembre de 1960 (BOE de 16 de febrero de 1961).

⁴⁴ Orden de 20 de abril de 1961 (BOE de 12 de mayo).

⁴⁵ Decreto 1644/1961, de 6 de septiembre (BOE del 15).

⁴⁶ Resolución de la TGSS de 28 de diciembre de 1998, publicada en *Tribuna Social*, nº 98, 1999, pág. 96.

⁴⁷ Decreto 1718/1962, de 5 de julio (BOE del 20) y Orden de 27 octubre 1962 (BOE de 22 de noviembre).

⁴⁸ Orden de 25 octubre 1962 (BOE de 15 de noviembre).

⁴⁹ Decreto 94/1963, de 17 de enero (BOE del 26).

⁵⁰ Decreto 1755/1963, de 4 julio (BOE del 25)

⁵¹ Decreto 1756/1963, de 4 julio (BOE del 25).

⁵² Decreto 2786/1964, de 27 de agosto (BOE de 12 de septiembre).

⁵³ Decreto 392/1965, de 18 de febrero (BOE 6 de marzo).

⁵⁴ Resolución de la Dirección General de Enseñanza Media de 26 junio 1965 (BO del Ministerio de Educación Nacional de 22 de julio de 1965 [RCL 1965/1412]).

⁵⁵ Apartado 5.e), Base Segunda.

Régimen Especial de Estudiantes se haya extendido bajo las mismas coordenadas, pues la atribución genérica a los estudiantes del derecho a la protección social, primero en el ya derogado art. 6.1.h) Ley 8/1985, de 3 de julio, y después en el art. 2.2.g) Ley Orgánica 10/2002, de 23 diciembre, no ha gozado de eficacia práctica directa; por el contrario, esas referencias han servido como habilitación legal en orden a la paulatina extensión del campo de aplicación del Régimen Especial de Estudiantes al ritmo marcado por normas reglamentarias, e incluso por resoluciones administrativas que, ante la ausencia de publicación en un Diario Oficial, suscitan serias dudas acerca de su valor jurídico, ya que exceden de la función interpretativa meramente interna que en principio les corresponde.

En este contexto, y con objeto de alcanzar el «ámbito ideal de cobertura», que conformarían «los estudiantes, sin más cualificación»⁵⁶, se han ido produciendo incorporaciones individuales, pero muy numerosas. De ello se han beneficiado los alumnos radiotelegrafistas de la Escuela Oficial de Telecomunicación⁵⁷; los alumnos de las Escuelas Sociales⁵⁸; los alumnos que cursen enseñanzas de Formación Profesional Específica⁵⁹, sea en centros ordinarios o de educación especial⁶⁰, incluidos los alumnos que cursan programas de formación para la transición a la vida adulta en Centros de Educación Especial⁶¹; los alumnos que realizan prácticas en empresas, aunque han de estar previstas en el correspondiente plan de estudios⁶²; los alumnos que cursen el tercer ciclo de estudios universitarios conducentes al título de Doctor, tanto en las fases de realización de los períodos de docencia e investigación del programa de doctorado, como en la de elaboración, presentación y lectura de la tesis doctoral⁶³; los alumnos que cursen estudios de grado superior –y no los de grado elemental o medio- de Arte

⁵⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 590.

⁵⁷ Decreto 1042/1967, de 11 mayo (BOE del 29).

⁵⁸ Decreto 1043/1967, de 11 mayo (BOE del 29).

⁵⁹ Vid. Resolución de la DGOSS de 6 de noviembre de 1996, publicada en Tribuna Social, nº 75, 1997, pág. 77.

⁶⁰ Decreto 2078/1971, de 13 de agosto (BOE de 18 de septiembre) y Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 28 de marzo de 1990 (BOE de 6 de abril).

⁶¹ Vid. Resolución de la TGSS de 7 de noviembre de 2001, publicada en Tribuna Social, nº 134, 2002, pp. 71-73.

⁶² Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 15 febrero 1973 (BO del Ministerio de Trabajo de 30 de abril) [RCL 1973, 1700] y Resolución de la DGOSS de 17 de diciembre de 1997, publicada en Tribuna Social, nº 88, 1998, pág. 83.

⁶³ RD 270/1990, de 16 febrero (BOE 2 de marzo) y DA 10ª RD 778/1998, de 30 abril. Téngase en cuenta que esta última norma ha sido derogada por el RD 56/2005, de 21 de enero, que no reitera la inclusión de este colectivo en el Régimen Especial de Estudiantes; ello no ha de suponer, sin embargo, variación alguna, por venir ya prevista dicha incorporación en el RD 270/1990.

Dramático o Danza anteriores a la LO 1/1990⁶⁴; y los seminaristas y laicos que cursen estudios de Teología en Centros Superiores de la Iglesia Católica⁶⁵.

En la línea de inclusión de los estudios no obligatorios⁶⁶, quedan amparados los alumnos de Bachillerato, tanto el actual como sus precedentes, el Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y el Curso de Orientación Universitaria (COU). Por el contrario, resultan excluidos los estudiantes de garantía social –pues estos programas constituyen una modalidad de estudios dentro de la enseñanza secundaria obligatoria⁶⁷ y los alumnos de la Escuela Oficial de Idiomas⁶⁸. La exclusión de los alumnos de estudios obligatorios generó un problema de cierta envergadura en el tránsito de de la Educación General Básica a la Enseñanza Secundaria Obligatoria. Los alumnos que concluían exitosamente la Enseñanza General Básica podían culminar esa etapa, y la enseñanza obligatoria, con trece o catorce años según su fecha de nacimiento y comenzar el Bachillerato, con la consiguiente obligación de incorporarse al Régimen Especial de Estudiantes a partir de ese momento. La implantación de la Enseñanza Secundaria Obligatoria transformó en obligatorios los dos primeros cursos del anterior Bachillerato, para extender la escolarización obligatoria hasta los dieciséis años, lo que, en principio, debería conllevar cambios en el acceso al Régimen Especial de Estudiantes.

La Circular nº 5-021, de 5 de abril de 1994, de la DGOJECSS estableció las oportunas reglas durante esa transición, declarando comprendidos en el Régimen Especial de Estudiantes a los alumnos de Tercer y Cuarto curso de ESO durante el año académico 1996/97, únicamente a los de cuarto curso en el año académico 1997/98 y excluidos todos ellos con posterioridad, precisamente para mantener la diferencia entre los estudios voluntarios y los obligatorios. La Administración, sin embargo, ha modificado el criterio, pues ha admitido la incorporación al Régimen Especial de Estudiantes de los alumnos de tercero y cuarto de ESO⁶⁹.

⁶⁴ Resolución de la TGSS de 28 de diciembre de 1998, publicada en *Tribuna Social*, nº 98, 1999, pág. 96.

⁶⁵ Resolución de la TGSS de 18 de septiembre de 1995, publicada en *Tribuna Social*, nº 59, 1995, pág. 72.

⁶⁶ Vid. J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 983-984.

⁶⁷ Vid. art. 23 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre y Resolución de la DGOJECSS de 1 de junio de 1995, publicada en *Tribuna Social*, nº 56-57, 1995, pp. 81-82.

⁶⁸ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12-11-1996 (AS 4486) y Resolución de la TGSS de 28 de diciembre de 1998, publicada en *Tribuna Social*, nº 98, 1999, pág. 96.

⁶⁹ Vid. A. BADIOLA SÁNCHEZ y D. LANTARÓN BARQUÍN, "Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 809-810; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 621.

Esa extensión atendía inicialmente a «las circunstancias excepcionales que concurren» y se limitaba al «año académico 1998-1999»⁷⁰. Sin embargo, la Resolución de la DGOSS de 8 de julio de 1999⁷¹ consolidó la inclusión de los alumnos de tercero y cuarto de ESO en el Régimen Especial de Estudiantes, admitiendo el acceso de un colectivo que cursa estudios obligatorios, ya que a su juicio la «extensión de la enseñanza obligatoria no puede provocar como efecto indirecto, no deseado, la expulsión del Seguro de los alumnos de edades comprendidas entre catorce y dieciséis años», ya que anteriormente sí estaban comprendidos cuando cursaban los estudios equivalentes (primero y segundo del Bachillerato Unificado Polivalente).

En este contexto, el Régimen Especial de Estudiantes debería ampliar su ámbito subjetivo y comprender a todos los estudiantes de enseñanzas obligatorias; a la postre, la edad de escolarización obligatoria mientras estaba vigente la EGB se situaba en los dieciséis años, a pesar de que en la práctica fuera posible concluir los estudios obligatorios incluso con trece años reales. El hecho de que el legislador, por las razones que fueran, se demorase en el establecimiento de un sistema educativo que garantizase la educación obligatoria hasta los dieciséis años no habilita por vía interpretativa para congelar el régimen jurídico de acceso al Sistema conforme al contexto normativo anterior, máxime cuando no se ha fijado una edad mínima de acceso al Régimen Especial de Estudiantes ni a los catorce, ni a los dieciséis años. Lo decisivo es el nivel de estudios y no la edad, porque quien no alcance tercero de ESO no podrá acceder al Régimen Especial de Estudiantes aunque haya cumplido los dieciséis años; el espíritu y finalidad de la normativa del Régimen Especial de Estudiantes siempre ha consistido en proteger a los alumnos de enseñanza no obligatoria y no en mantener situaciones jurídicas preexistentes.

La segunda de las circunstancias con incidencia en el campo de aplicación del Sistema es la nacionalidad. En un principio, el ingreso de los extranjeros en el Régimen Especial de Estudiantes dependía de la expresa declaración del legislador o del Ejecutivo. De este modo, el Decreto de 18 de febrero de 1965⁷² extendió los beneficios del Seguro Escolar a los estudiantes hispanoamericanos, portugueses, filipinos y

⁷⁰ Cfr. Resolución de la TGSS de 28 de diciembre de 1998, publicada en *Tribuna Social*, nº 98, 1999, pág. 97.

⁷¹ Puede consultarse en *Tribuna Social*, nº 104-105, 1999, pp. 61-62.

⁷² BOE de 6 de marzo.

andorranos⁷³, los Decretos 1244/1967 y 1245/1967, ambos de 1 de junio⁷⁴, hicieron lo propio con los estudiantes sirios y jordanos⁷⁵, mientras que el Decreto 1379/1972, de 12 de mayo⁷⁶, incluyó a los estudiantes iraquíes. La libre circulación debe propiciar también la equiparación de los ciudadanos comunitarios; no se olvide que tras el Reglamento 307/99, de 8 de febrero, los regímenes de Seguridad Social de los estudiantes han quedado incluidos en el ámbito de aplicación las normas de coordinación comunitarias.

En cuanto al resto de extranjeros, podría entenderse que en la actualidad, fruto de la LOE, se han suprimido las restricciones por nacionalidad, de tal modo que todos los estudiantes extranjeros cuentan con la posibilidad de incorporarse al Sistema. Sin embargo, la conclusión no resulta tan automática. El art. 10 LOE se dirige específicamente a los trabajadores, por lo que la referencia que contiene a la Seguridad Social debe conectarse necesariamente con esa condición. El art. 14 LOE, el otro precepto que genéricamente atribuye el derecho a acceder a los beneficios de Seguridad Social, sólo equipara con los españoles a los extranjeros «residentes», mención en la que no cabe incluir a los estudiantes, cuya situación, como señala el art. 33.2 LOE, es la de estancia. En ese contexto, parece que la LOE no consagra el derecho de los estudiantes extranjeros a acceder al Régimen Especial de Estudiantes. Sin embargo, se requiere en este punto una interpretación integradora, sistemática, con marcada presencia del componente teleológico. La calificación como estancia, y no como residencia, del período que los estudiantes extranjeros dediquen a esa actividad en España tiene como objeto evitar su posterior cómputo a efectos de solicitar autorizaciones para residir y/o trabajar y, en su caso, aunque posiblemente éste sea un propósito menos evidente, incluso un efecto colateral imprevisto, excluir dichos períodos de totalización en caso de solicitud de una pensión no contributiva.

La situación de estancia de los estudiantes extranjeros tiene un régimen jurídico particular, como expresamente señala el art. 30 LOE, marco de referencia para la situación de estancia, que, sin embargo, remite expresamente al art. 33 LOE como precepto regulador de la estancia de los estudiantes. Éstos, a diferencia del resto de

⁷³ Vid. A. RULL SABATER, *La Seguridad Social en España (I)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971, pp. 185-186, y en especial nota 117; C. GALA VALLEJO, *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961, pág. 147.

⁷⁴ BOE de 19 de junio.

⁷⁵ Vid. C. DEL PESO Y CALVO, *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966, nº 27, pág. 408.

⁷⁶ BOE de 7 de junio.

sujetos en situación de estancia, pueden incluso desarrollar «actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada», siempre que sean compatibles con su ocupación principal, la de estudiante; por el desempeño de una actividad lucrativa podrán –deberán- acceder al Sistema de Seguridad Social. Esta especial situación de estancia de los estudiantes, con un régimen jurídico más próximo al de la residencia que al de la estancia, debe justificar también la inclusión en el Sistema como estudiante. En suma, mientras que la estancia propiamente dicha, la del art. 30 LOE, parte de la base de que el sujeto se encuentra en territorio español en mero tránsito, coyunturalmente, con la intención de desplazarse a otro lugar o simplemente de disfrutar de un período vacacional, la estancia del estudiante implica, *per se*, la realización de una actividad comprendida en el Sistema de Seguridad Social; y la exclusión por el mero dato de la nacionalidad⁷⁷ -o de la calificación formal de la presencia en España de una u otra forma-, no se justifica en el contexto de una norma, la LOE, que ha equiparado a los extranjeros en situación regular –y los estudiantes que cuenten con la correspondiente autorización lo están- con los españoles, proscribiendo los actos discriminatorios (art. 23 LOE). Como en su momento se dijo⁷⁷, los estudiantes Erasmus deben quedar comprendidos, en su caso, en el Sistema de Seguridad Social del Estado donde se encuentre la universidad de envío, y no en el del Estado donde van a cursar efectivamente el año académico.

El tercer criterio delimitador, o más bien limitativo, del acceso de los estudiantes al Sistema de Seguridad Social es la edad. El art. 3 de la Ley 17 de julio de 1953 dispone que «la edad límite para la aplicación del seguro al estudiante será la de veintiocho años». El art. 3 de la Orden de 11 de agosto de 1953 rebajó el umbral hasta situarlo en los veinticinco años. Elementales razones de respeto a la jerarquía normativa deben conducir a la inaplicación de esa previsión contraria a la contenida en la norma legal, que, por supuesto, ha de prevalecer. En consecuencia, solamente los estudiantes menores de veintiocho años estarán comprendidos en el Seguro Escolar, y, por ende, quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social los estudiantes que o bien comiencen sus estudios posteriormente, o bien alcancen esa edad en el transcurso de los mismos, aunque la práctica administrativa permite la continuación del aseguramiento hasta la conclusión del año académico en el que se haya cumplido la edad referida⁷⁸.

⁷⁷ V.4.

⁷⁸ En sentido análogo, los huérfanos absolutos que cursen estudios pueden conservar la pensión de orfandad hasta el día primero del mes siguiente al del inicio del curso académico inmediatamente posterior a aquél en el que cumplan veinticuatro años (art. 175.2 LGSS, modificado por la DA 48ª Ley

La exclusión del Sistema de Seguridad Social con base únicamente en la edad de quien retoma o comienza su formación a una edad tardía presupone que el estudiante ya se ha asegurado por otras vías medios de subsistencia; sin embargo, el mismo argumento no explica la expulsión de quienes habiendo comenzado con anterioridad sus estudios alcanzan los veintiocho años sin haberlos concluido. Posiblemente se entienda que a esa edad ya se ha concedido un plazo prudencial para la finalización exitosa del ciclo académico, y que la demora es imputable exclusivamente al estudiante; podría convertirse, en suma, en una especie de sanción por resultados académicos poco satisfactorios, por una presunta falta de diligencia, en la medida que teóricamente el estudiante ya debería haber perdido tal condición y haberse incorporado al mercado laboral. Ambas presunciones se sustentan, sobre todo la segunda, en consideraciones con un acentuado componente moral que provocan un trato desigual por razón de edad que podría conducir a una declaración de inconstitucionalidad⁷⁹; con todo, una limitación de esta índole parece razonable, máxime atendiendo a la generosidad del umbral fijado, veintiocho años, y al carácter residual y notablemente especial del seguro escolar.

En fin, cabría también aludir a un último criterio de ingreso, de carácter negativo, porque *de facto* podrían considerarse excluidos los estudiantes que disfruten de protección en otro régimen de Seguridad Social⁸⁰. Dicha exclusión no se recoge explícitamente ni en la Ley de 17 de julio de 1953 ni en su Orden de desarrollo, pero se puede inferir de la interpretación conjunta del art. 9 de la Orden de 11 de agosto de 1953 y del art. 2 RD 1633/1985, de 28 de agosto, por el que se establece la cuantía de la cuota e incompatibilidades de las prestaciones del Régimen Especial de Estudiantes, sobre cuya legalidad, por cierto, tuvo que pronunciarse el Tribunal Supremo⁸¹. En ambos preceptos, aunque con alguna matización, se establece la incompatibilidad de las prestaciones del Seguro Escolar con cualesquiera otras de idéntico contenido y derivadas de análogo riesgo que se generen por el alta en cualquier otro régimen del Sistema. Sin embargo, ello no supone técnicamente la exclusión automática del

30/2005, respecto del Régimen General, y art. 41.2 Real Decreto Legislativo 670/1987, en la redacción dada por la DA 44ª Ley 30/2005, para Clases Pasivas).

⁷⁹ Vid. J.L. CABEZAS ESTEBAN, *Reflexiones sobre el Seguro Escolar*, REDT, nº 37, 1989, pág. 44; J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, "Artículo 10", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 1999, pág. 243.

⁸⁰ Así lo expresan J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 283.

⁸¹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 16-7-1993 (Ar. 5645).

Régimen Especial de Estudiantes de quienes se hallen incluidos en otro régimen de Seguridad Social, y no se encuentra habilitación legal para proceder de ese modo. Más bien al contrario, pues del cumplimiento de los pertinentes requisitos deriva la obligatoriedad de alta en el Régimen Especial de Estudiantes, que tiene lugar con la formalización de la matrícula⁸².

Cuestión distinta es que la intensidad de la acción protectora venga mediatizada por la dispensada en otros regímenes —con lo que se originan situaciones de doble cotización sin posibilidad de doble prestación⁸³, pero las discrepancias, que no son exclusivas del Régimen Especial de Estudiantes, se han de resolver a partir de normas relativas a la incompatibilidad de prestaciones⁸⁴ y no desde la perspectiva del ámbito subjetivo⁸⁵; a la postre, el catálogo de prestaciones del Régimen Especial de Estudiantes no se limita a la protección frente al accidente escolar y a la asistencia sanitaria⁸⁶, sino que presenta alguna especificidad propia del colectivo a proteger —v.gr. ayuda al graduado⁸⁷—, que carece de parangón en el resto del Sistema y que evita, al menos idealmente, que se produzca un solapamiento total que *de iure* imposibilite generar cualquier prestación de ese Régimen.

4- La posterior asimilación de los becarios de investigación

Con carácter general, los becarios están excluidos del Sistema de Seguridad Social, puesto que la finalidad eminentemente formativa de las becas colisiona con la nota de profesionalidad en la que se sustenta un modelo contributivo. Sin embargo, el Sistema español de Seguridad Social acoge en la actualidad a una clase particular de becarios, en concreto a quienes disfrutan de ayudas dirigidas a la formación del personal investigador. Este colectivo permaneció excluido del Sistema, al igual que el resto de

⁸² Con independencia de que la Administración, en su caso, no emita el recibo correspondiente a dicha matrícula, en el que se incorpora el abono de la cuota correspondiente al Régimen Especial de Estudiantes, hasta que se resuelva expresamente la solicitud de beca; vid. SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 19-6-1998 (AS 6344) y de la Comunidad Valenciana de 22-5-2001 (JUR 279155).

⁸³ Vid. R. ESTEBAN LEGARRETA y A. ARQUED SANMARTÍN, *Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes*, AS, nº 12, 2001, pp. 73-75.

⁸⁴ Vid. R.P. RON LATAS, *La incompatibilidad de pensiones en el Sistema español de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27 y ss, y en particular pág. 107, nota 8.

⁸⁵ Vid. D. LANTARÓN BARQUÍN, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Estudiantes: análisis de un régimen jurídico en vías de extinción*, Tribuna Social, nº 83, 1997, pág. 60.

⁸⁶ La asistencia sanitaria del Régimen Especial de Estudiantes se dispensa preferentemente a la que correspondería como derecho derivado por la condición de familiar de un sujeto comprendido en el Sistema; vid. STSJ de Madrid de 7-7-2003 (JUR 9073/2004).

becarios, hasta que el RD 1326/2003, de 24 de octubre, aprobó el Estatuto del Becario de Investigación, que advertía expresamente que esa relación no era laboral, pero efectuaba una asimilación a los trabajadores asalariados con el propósito de incorporar a esos becarios al Régimen General⁸⁸.

De esa inclusión no se beneficiaban todos los becarios⁸⁹, ni siquiera todos los becarios de investigación⁹⁰. El ingreso en el Sistema de Seguridad Social de los becarios de investigación dependía de la concurrencia de tres condiciones. La primera afectaba a la propia beca, que al margen de dirigirse a la formación o especialización de un investigador, debía estar inscrita en el Registro de Becas de Investigación, inscripción completamente voluntaria, pues dependía de la voluntad de la entidad que convocaba la beca⁹¹. Es coherente, por tanto, que la doctrina se posicionase unánimemente en contra de ese carácter potestativo de la inscripción⁹², al igual que el Consejo Económico y Social⁹³; el TS, en cambio, consideró que esa opción no merecía reproche desde la perspectiva del principio de igualdad⁹⁴.

⁸⁷ Art. 8 Ley de 17 de julio de 1953 y arts. 63 y ss. Orden de 11 de agosto de 1953.

⁸⁸ Sobre la situación en derecho comparado, vid. FEDERACIÓN DE JÓVENES INVESTIGADORES, *La situación en España de los investigadores en fase inicial: un estudio comparativo con respecto a Europa*, puede consultarse en <http://www.precarios.org/docs.php3>.

⁸⁹ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *A propósito del "Estatuto del Becario de Investigación"*, AS, nº 1, 2004, pp. 13-14.

⁹⁰ Vid. J. MORENO GENÉ, *El Estatuto del Becario de Investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena*, en RTSS (CEF), nº 250, 2004, pp. 9 y ss.

⁹¹ A modo de ejemplo, la Dirección General de Universidades procedió a la inscripción del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario, del Programa de formación de doctores en el marco de las unidades asociadas entre universidades y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, del Programa de becas predoctorales y posdoctorales en el marco del Convenio de Colaboración con la Fundación Ortega y Gasset, del Programa de becas posdoctorales en España y en el Extranjero y de los Programas de becas predoctorales y posdoctorales en el marco de convenios de cooperación bilateral (Brasil, USA, I.U.E. de Florencia); así se recoge en la *Información general sobre inclusión de los becarios de programas de la Dirección General de Universidades en el Régimen General de la Seguridad Social*, elaborada por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de 3 de diciembre de 2004; se encuentra a disposición del público en la siguiente dirección web: http://wwwn.mec.es/univ/html/convocatorias/seguridad_social/informaciongeneralseguridadsocial.pdf.

Confirmó esa incorporación la Resolución de 28 de febrero de 2005, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación (BOE de 10 de marzo).

⁹² Vid. R. AGUILERA IZQUIERDO, *El Estatuto del Becario de Investigación*, REDT, nº 121, 2004, pág. 30; J. MORENO GENÉ, *El Estatuto del Becario de Investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena*, en RTSS (CEF), nº 250, 2004, pp. 24-26; A.M. MOLINA MARTÍN, *Comentario al Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación*, RGDTS (iustel), nº 5, www.iustel.com.

⁹³ Vid. Dictamen CES 6/2003, de 18 de junio, sobre el Proyecto de Real Decreto sobre el Estatuto del Becario de Investigación y de Tercer Ciclo, pág. 5; puede consultarse en la siguiente dirección web: <http://www.ces.es/trabajo/0tramar1.htm>.

⁹⁴ Vid. STS (Cont-Adv) de 18-11-2005 (Recurso ordinario 1/2004).

La segunda condición que permitía el ingreso en el Sistema de los becarios de investigación concernía al becante, que debía ser un sujeto de derecho público o bien una entidad sin ánimo de lucro⁹⁵. Aunque el Registro de Becas de Investigación estaba abierto también a becas de entidades privadas con ánimo de lucro -DA 4ª RD 1326/2003-, la inscripción únicamente desplegaba efectos informativos en tales casos, y no daba lugar a la asimilación del becario de investigación a un trabajador asalariado.

El tercer y último condicionante de acceso al Sistema incidía en la formación del becario, que debía ser un titulado universitario doctor o, como mínimo, con reconocimiento de la suficiencia investigadora⁹⁶. Si el trípode no estaba completo el becario permanecía excluido del Sistema. En cualquier caso, la incorporación al Régimen General no proporcionaba una cobertura completa, pues la intensidad de la acción protectora que se dispensaba a los becarios de investigación recordaba a la que disfrutaban los contratados para la formación⁹⁷.

El RD 1326/2003 ha sido derogado por el RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación. El nuevo marco regulador no se refiere ya a los «becarios de investigación», sino al «personal investigador en formación», expresión de contornos más amplios que incluye el vínculo laboral. El RD 63/2006 traslada a este ámbito la doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre relación laboral y trabajo formativo⁹⁸. En su virtud, divide a los becarios en predoctorales y posdoctorales, y para los primeros distingue dos situaciones diferentes, aunque salva las particularidades del ámbito sanitario, donde la especialización se rige por sus propias normas (*v.gr.* formación mediante residencia)⁹⁹.

En la investigación posdoctoral, como regla general, prima el elemento productivo sobre la formación, de modo que es probable que concurren todas las notas del trabajo asalariado¹⁰⁰. Sin embargo, las becas posdoctorales cuentan con una larga tradición, y como relación aparentemente formativa sólo tenían acceso al Sistema por la vía del Estatuto del Becario de Investigación. El RD 63/2006, en su DA 6ª, laboraliza

⁹⁵ Arts. 1 y 5 RD 1326/2004.

⁹⁶ Art. 1.2 RD 1326/2003.

⁹⁷ Vid. J. MORENO GENÉ, *El Estatuto del Becario de Investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena*, en RTSS (CEF), nº 250, 2004, pág. 49.

⁹⁸ IX.

⁹⁹ Art. 20 y DA 1ª Ley 44/2003, de 21 de noviembre.

¹⁰⁰ Vid. J.I. GARCÍA NINET, *Sobre el presunto Estatuto del Becario de Investigación*, Temas Laborales, nº 155, 2003, pág. 6; J. MORENO GENÉ, *La contratación laboral del personal investigador en formación: contrato en prácticas versus contrato de obra o servicio determinado*, RTSS (CEF), nº 262, 2005, pp. 93 y ss.

esa relación, puesto que esas ayudas a la investigación para doctores «deberán establecer la contratación de los beneficiarios de dichos programas por parte de las entidades a las que se adscriban», bien a través de las modalidades previstas por el ET, bien a través de las recogidas en el art. 17 Ley 13/1986, de 14 de abril, si la entidad de adscripción es un organismo público de investigación de la Administración General del Estado¹⁰¹. La celebración de un contrato de trabajo supone la obligatoria incorporación al Sistema de Seguridad Social¹⁰².

Respecto de la investigación predoctoral, el Estatuto del Personal Investigador en Formación únicamente comprende las ayudas vinculadas a estudios oficiales de doctorado, pues a través de esos estudios se obtiene la «formación y especialización científica y técnica» para la investigación en la concreta disciplina (art. 1 RD 63/2006). Esas ayudas pueden ser concedidas por organismos públicos o entidades sin ánimo de lucro, pero también por cualesquiera entidades privadas. El RD 63/2006 se declara de aplicación «con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad convocante» (art. 2), y no hace alusión alguna al ánimo de lucro o a su ausencia. Se mantiene la obligación de registro de la beca, en el denominado Registro General de Programas de Ayudas a la Investigación, pero no es un registro facultativo, sino que la entidad convocante tiene obligación de proceder a la inscripción del programa de ayudas (art. 3 RD 63/2006).

Por consiguiente, el RD 63/2006 ha propiciado una ampliación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, porque ya no quedan excluidos los becarios de entidades privadas con ánimo de lucro, ni aquéllos cuyo programa no fuera inscrito en el registro de becas. El Estatuto del Personal Investigador en Formación propicia la inclusión en el Sistema de todos los beneficiarios de programas de ayuda a la investigación científica y técnica vinculados a estudios oficiales de doctorado. No obstante, el ingreso no se produce en la misma condición. La naturaleza jurídica de la relación del personal investigador dependerá, por un lado, del tiempo de disfrute de la ayuda que se haya consumido, y, por otro, de la culminación de las diversas fases de las que consta el programa de doctorado.

¹⁰¹ El apartado 3 de esa DA 6ª RD 63/2006 añade que «la duración, retribución, prórrogas y extinción del contrato» se regirán por lo dispuesto en la normativa laboral para el contrato de obra o servicio determinado.

¹⁰² Vid. Dictamen CES 6/2003, de 18 de junio, sobre el Proyecto de Real Decreto sobre el Estatuto del Becario de Investigación y de Tercer Ciclo, pág. 5.

En efecto, los arts. 4 y 8 RD 63/2006 establecen dos situaciones jurídicas diferentes para el personal investigador en formación, presuponiendo que las ayudas no tienen una duración superior a cuatro años. Los dos primeros años se califican expresamente como beca, relación netamente formativa, pero que permite ingresar en el Sistema de Seguridad Social por vía de la asimilación expresa a los trabajadores asalariados (art. 5.2 y DA 1ª RD 63/2006). La segunda de esas etapas comprende como máximo los dos años siguientes, donde el becario deberá estar ligado a la entidad de adscripción –que no a la convocante de la ayuda- por un contrato en prácticas «con la finalidad de realizar la correspondiente tesis doctoral» (art. 8 RD 63/2006). El nacimiento de relación laboral implica que la inclusión en el Sistema no se produce por asimilación, sino por la condición de trabajador asalariado.

El paso de una a otra situación no depende exclusivamente del dato temporal, sino que el Estatuto del Personal Investigador en Formación otorga al Diploma de Estudios Avanzados (o documento equivalente de acuerdo a la nueva estructura que ha de implantarse por requerimiento del Espacio Europeo de Educación Superior)¹⁰³ una función decisiva, ya que tras su obtención se culmina con éxito la etapa plenamente formativa, y surge la obligación del centro de adscripción de convertir la beca en relación laboral; por consiguiente, el RD 63/2006 contempla la fase de realización de la tesis doctoral, que comenzaría tras la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, como trabajo productivo que puede acometerse gracias a la formación previa.

El período inicial de beca de dos años debe agotarse en todo caso, pues aunque el becario consiga el Diploma de Estudios Avanzados con anterioridad a ese momento, la conversión de la beca en contrato en prácticas no se produce hasta que complete dicho período. Por su parte, el transcurso de esa fase formativa sin obtención del Diploma de Estudios Avanzados supone que la ayuda sigue considerándose beca. No obstante, se prevé que en supuestos excepcionales, y en atención a la relevante «actividad científica, tecnológica, humanística o artística» del becario evaluada positivamente por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora -o por el órgano que determine la entidad convocante en becas no concedidas por la Administración General del Estado-, pueda celebrarse un contrato en prácticas sin estar en posesión del Diploma de Estudios Avanzados tras los dos años de beca.

¹⁰³ Arts. 10 y ss. del ya derogado RD 778/1998. El RD 56/2005 no contiene mención al Diploma de Estudios Avanzados, en coherencia con la nueva ordenación de la enseñanza universitaria.

La DA 4ª del Estatuto del Personal Investigador en Formación contempla la posibilidad de que el becario de investigación pudiera estar comprendido en el Sistema en virtud, si no de la misma actividad, sí de una análoga, como es la condición de alumno de tercer ciclo. Los alumnos de tercer ciclo menores de veintiocho años están comprendidos en el Sistema de Seguridad Social, en el Régimen Especial de Estudiantes concretamente, en virtud del RD 270/1990¹⁰⁴. La DA 4ª RD 63/2006 no permite en este supuesto -una manifestación, aunque peculiar, de pluriactividad- el encuadramiento múltiple, y declara incompatibles dos altas en virtud del ejercicio de dos actividades conectadas de forma inseparable en la mayoría de ocasiones. En esta coyuntura, prevalece la condición de becario de investigación sobre la de alumno de tercer ciclo, y deberá procederse al alta en el Régimen General.

Por consiguiente, el ámbito de aplicación del art. 1 RD 270/1990 ha quedado relegado a un papel subsidiario. Ese precepto declara comprendidos en el Régimen Especial de Estudiantes a los alumnos de tercer ciclo «tanto en la fase de realización de los cursos y seminarios del correspondiente programa de Doctorado, como en la fase de elaboración, presentación y lectura de la tesis doctoral». Sin embargo, y tras la entrada en vigor del Estatuto del Personal Investigador en Formación, quienes reciban ayudas para el desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica vinculadas a estudios oficiales de doctorado -becas predoctorales en definitiva- estarán incluidos en el Régimen General, bien como asimilados en la fase inicial de beca, bien como trabajadores asalariados posteriormente. El RD 270/1990 limita su ámbito de aplicación a los estudiantes de tercer ciclo que no disfruten de beca predoctoral.

El Estatuto del Personal Investigador en Formación no contiene una referencia análoga a la recogida en la DA 1ª del derogado Estatuto del Becario de Investigación. En su virtud, quedaban excluidos del Estatuto regulado en el RD 1326/2003 los profesores tutores de la UNED, que se rigen por la normativa específica de esa Universidad según la DA 2ª LO 6/2001. Los profesores tutores de la UNED tienen las funciones previstas en el art. 141 RD 426/2005, de 15 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la UNED, completados por el RD 594/1986, de 21 de febrero, y desarrollados en ese punto por el RD 2005/1986, de 25 de septiembre, sobre régimen de la función tutorial en los centros asociados. Los profesores tutores son personal de la UNED, no permanente, encargado de tareas docentes y nombrado por el rector a

¹⁰⁴ VII.3.

propuesta del «patronato, junta rectora u órgano colegiado de gobierno equivalente»¹⁰⁵. Sus funciones son las de orientar al alumno e informar al profesor responsable de la asignatura del nivel de preparación del alumnado, así como investigar bajo la dirección del Departamento correspondiente, como también señala el Reglamento del Profesor Tutor de la UNED¹⁰⁶.

Las funciones de los profesores tutores parecen las propias de un contrato de trabajo, pero el art. 5 RD 2005/1986 equipara a ese colectivo con los becarios «de docencia e investigación de las Fundaciones», a pesar de que las normas referidas a esas entidades no contienen especialidad alguna para los becarios y que el nombramiento como profesor tutor puede recaer en un profesor universitario, incluso funcionario¹⁰⁷. De este modo, las tareas del profesor tutor no se consideran una actividad profesional; la exclusión del Estatuto del Becario de Investigación provocaba que por ninguna de esas dos vías –trabajador o becario– se permitiese el ingreso en el Sistema de Seguridad Social.

La LO 6/2001 modificó el régimen jurídico del profesorado universitario; en este nuevo contexto, el RD 50/2004, de 19 de enero, por el que se regula el régimen del personal contratado por la UNED, no contempla la figura del profesor tutor, y sí las de ayudante, ayudante doctor, contratado doctor, colaborador, etc., que como trabajadores asalariados están comprendidos en el Sistema de Seguridad Social¹⁰⁸. Sin embargo, siguen convocándose plazas de profesor tutor¹⁰⁹, pues el RD 50/2004 se refiere a la contratación de personal directamente dependiente de la propia UNED, mientras que los profesores tutores dependen orgánicamente del centro asociado, en la medida que la vinculación con la sede central de la UNED es meramente académica¹¹⁰. Por consiguiente, la remodelación de la carrera universitaria no ha modificado el régimen jurídico de los profesores tutores.

La celebración del contrato de trabajo puede depender de la mera voluntad del centro asociado, que en su reglamento de régimen interno necesariamente ha de regular «el régimen de vinculación de los profesores tutores con el ente jurídico titular del

¹⁰⁵ Cfr. art. 142 RD 426/2005. La propuesta parte del centro asociado, como ya disponían los arts. 75 y 76 de los anteriores Estatutos, aprobados por RD 1287/1985.

¹⁰⁶ Aprobado en la Junta de Gobierno de 17-07-90; puede consultarse en <http://www.uned.es/voap/>.

¹⁰⁷ Art. 8.2 RD 2005/1986.

¹⁰⁸ Vid. R. AGUILERA IZQUIERDO, *El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de Madrid*, REDT, nº 118, 2003, pp. 564 y ss.

¹⁰⁹ Vid. <http://www.uned.es/voap/>.

¹¹⁰ Vid. arts. 4 y 5 RD 2005/1986.

centro asociado»¹¹¹. No obstante, la autonomía de la voluntad carece de fuerza para predeterminar constitutivamente la naturaleza del vínculo, que será laboral o no por las características de la prestación de servicios; de lo contrario, se admitiría que la misma actividad fuera considerada como beca o contrato de trabajo en función de la decisión del centro asociado correspondiente. Los profesores tutores, es claro, no son personal en formación para la actividad investigadora, por lo que no están incluidos en el Estatuto del Personal Investigador en Formación, sin que sea menester previsión expresa. A la postre, la prestación de servicios de los profesores tutores reúne los caracteres de una actividad profesional, y como tal habría de estar protegida por el Sistema de Seguridad Social.

5- La asimilación de los ministros de culto

Las relaciones entre las diferentes confesiones religiosas y los Estados han marcado históricamente la sociedad y la cultura de la práctica totalidad de países. El vínculo, aunque más difuminado en occidente, subsiste en la actualidad, con repercusiones de variada índole, que van desde el concepto de familia, hasta el modelo educativo, pasando por cualquier circunstancia o actividad con implicaciones morales, o en la que, de una u otra forma, entre en juego una estructura de valores. El Sistema de Seguridad Social no es ajeno a esa influencia, y en realidad nunca lo ha sido. El Sistema se ha configurado conforme a ciertos postulados muy vinculados con la doctrina religiosa, en especial de la Iglesia Católica, como es fácilmente apreciable en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, que ha convertido al matrimonio heterosexual en piedra angular hasta tiempos recientes.

Sin embargo, el grado de ascendencia sobre el legislador que pueda ser atribuido a las distintas confesiones religiosas pertenece al ámbito de la política legislativa, de la motivación del legislador, o instancia competente, en la elaboración de las normas jurídicas. Desde el plano del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social, y en lo que hace a la interpretación y aplicación de la normativa vigente, las confesiones religiosas plantean, fundamentalmente, un único problema, cual es la inclusión o no en el Sistema de las personas dedicadas a difundir el mensaje religioso¹¹².

¹¹¹ Art. 134.1.b) RD 426/2005.

¹¹² Vid. F. MARTÍNEZ LÓPEZ, *La Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos*, Tribuna Social, nº 120, 2000, pp. 92 y ss.

El Sistema de Seguridad Social, en el momento actual, cobija a los ministros de culto de determinadas confesiones y también a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, que serán objeto de atención en el epígrafe siguiente. En ambos casos la actividad está imbuida de un determinado sentimiento, de unas creencias o sistema de valores que aproximan en gran medida este tipo de actividad al trabajo benévolo¹¹³. No obstante, la actividad conlleva en ocasiones una contraprestación, superior en muchos casos a una mera compensación por gastos, lo que impide calificar el trabajo prestado como amistoso, benévolo o de buena vecindad.

Cierto es que el art. 7.2 del Acuerdo de Aplicación a Entidades Eclesiásticas del Impuesto de Sociedades¹¹⁴ advierte que «en ningún caso se aplicará la presunción de onerosidad por el ejercicio del ministerio sacerdotal ni por el trabajo que los religiosos realicen para sus Órdenes o Congregaciones»; aunque se trata de una norma fiscal, no hay dificultad para extrapolar sus consecuencias al ámbito laboral y de la Seguridad Social. Pero la onerosidad, entendida como ánimo de lucro, como deseo subjetivo de enriquecimiento patrimonial, no es un elemento imprescindible para el nacimiento de un contrato de trabajo; sin perjuicio de la prodigalidad, nada impide que el trabajador done su salario¹¹⁵. En último término, el voto de pobreza de los ministros de culto católicos¹¹⁶ no resulta automáticamente predicable de cualesquiera ministros de culto de otras confesiones; la aplicación a todas las confesiones, reconocidas o que pudieran reconocerse, de soluciones construidas sobre el modelo de la Iglesia Católica resulta inapropiado, y probablemente vulnerador del principio de no discriminación.

La contraprestación económica, y las condiciones en las que se desarrolla la actividad, parecen remitir al trabajo asalariado –y alguna sentencia ha calificado como tal la relación que une al ministro de culto con su iglesia o confesión-¹¹⁷, pero es precisamente ese sentimiento, el hecho de que la actividad se encuentre «imbuida, por

¹¹³ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 177.

¹¹⁴ Acuerdo de 10 de octubre de 1980 (BOE de 9 de mayo de 1981).

¹¹⁵ Vid. F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 227 y ss.

¹¹⁶ Voto de pobreza que podría ser utilizado como criterio de exclusión del Sistema, como prevé expresamente el art. 5.6.d) de la Ley canadiense de aseguramiento del empleo, de 20 de junio de 1996. En el ordenamiento estadounidense los ministros de culto y religiosos con voto de pobreza están fuera del Sistema, mientras que el resto pueden solicitar su exclusión por la vía de la exención prevista en la *Federal Insurance contribution Act*, recogida en el Capítulo 21, Subcapítulo C, Sección 3127 del *United States Code*. La petición puede provenir de individuos concretos o de comunidades religiosas, lo que ha permitido, por ejemplo, que la comunidad *amish* quede al margen de los seguros sociales; vid. <http://www.800padutch.com/atafaq.shtml>; <http://www.irs.gov/publications/p517/ar02.html#d0e835>.

encima de todo, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad»¹¹⁸, lo que excluye su carácter laboral. A pesar de ello, la actividad de los ministros de culto -concepto no del todo diáfano, pues cada confesión establece los caracteres de sus propios ministros de culto, lo que impide ofrecer una definición universal¹¹⁹ y obliga a tener en cuenta los caracteres propios de cada una de ellas¹²⁰- podría configurarse como una «profesión» en el sentido del Sistema de Seguridad Social. A la postre, la cuantía de la contraprestación puede desvirtuar, a los solos efectos de incorporación al Sistema público, el carácter presuntamente benévolo del trabajo prestado, concurra o no ánimo de lucro en sentido estricto.

En realidad, la contraprestación se convierte en *conditio sine qua non* de acceso al Sistema de Seguridad Social: la Orden de 19 de diciembre de 1977 alude a la «dotación básica» de los clérigos diocesanos; el RD 176/2006, de 10 de febrero, declara comprendidos en el Sistema a los dirigentes religiosos islámicos y a los imames de las comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España «siempre que no desempeñen tales funciones a título gratuito» (art. 2); el RD 822/2005, de 8 de julio, incluye en el Régimen General a los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España cuando acrediten «dedicación estable, exclusiva y remunerada a las funciones de culto o asistencia religiosa»¹²¹; y el RD 369/1999, de 5 de marzo, sobre inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE, considera ministro de culto «a 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». La onerosidad, por cierto, estaba ausente en la Ley 24/1992, y su exigencia por vía reglamentaria a los ministros de culto evangélicos podría presentar problemas de

¹¹⁷ La STSJ de Andalucía /Málaga de 2-7-1993 (AS 3309) calificó de relación laboral el vínculo entre un rabino y la Comunidad Israelita de Málaga.

¹¹⁸ Cfr. STS (Cont-Adv.) de 14-5-2001 (Ar. 4253).

¹¹⁹ «No es posible, en definitiva, realizar dogmática jurídica con el concepto de ministro de culto»; cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pág. 308.

¹²⁰ «No es fácil extrapolar tales conceptos (culto o asistencia religiosa) a movimientos religiosos que muestran unas peculiaridades y estructura muy alejada de los paradigmas generales»; cfr. J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *La condición de ministro de culto y su incidencia en el régimen de cotización a la Seguridad Social: criterios para determinar la condición de ministro de culto*, AS, nº 9, 2001, pág. 39.

¹²¹ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *Últimas modificaciones de Seguridad Social (A propósito del RD 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican diversos ámbitos de la Seguridad Social y de otras disposiciones reglamentarias)*, RTSS (CEF), nº 271, 2005, pp. 68-69.

legalidad¹²²; sin embargo, ese posible carácter *contra legem* del precepto ha de entenderse salvado por la naturaleza eminentemente técnica de la previsión¹²³, que constituye un mero recordatorio de una circunstancia que se presume implícita para el ingreso en el Sistema.

Convirtiéndose esa contraprestación en una auténtica retribución¹²⁴, la actividad de los ministros de culto no difiere en exceso del trabajo asalariado, y podrían concurrir las cuatro notas definitorias de éste. La ajenidad se difumina en alguna medida, porque en la labor de los ministros de culto su interés y el de la Iglesia o confesión religiosa podrían coincidir de forma prácticamente plena¹²⁵. No obstante, esa identificación absoluta resulta un tanto forzada, puesto que en situación similar podrían encontrarse quienes presten servicios para empresas en las que, por razones culturales o de propia política empresarial, se consigue un alto grado de implicación de los trabajadores; y el trabajo prestado para una Administración Pública, en tanto que dirigido a beneficiar al conjunto de la sociedad, podría merecer consideraciones particulares a este respecto.

La disección del concepto de ajenidad hasta tales extremos no parece jurídicamente conveniente. La *vis expansiva* del Derecho del Trabajo ha obligado a flexibilizar los contornos de las notas configuradoras de la relación laboral, especialmente de la dependencia. Por ello, no se aprecia especial inconveniente en flexibilizar asimismo alguna de las otras notas, lo que no debe conducir necesariamente a la calificación como trabajadores asalariados de los ministros de culto¹²⁶, pero sí justifica su asimilación en materia de Seguridad Social. El hecho de que los ministros de culto no estén unidos por un contrato de trabajo a su iglesia o confesión, que no se haya

¹²² Vid. M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los ministros de culto en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 200.

¹²³ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 326-328.

¹²⁴ A modo de ejemplo, el Canon 283 del Código de Derecho Canónico dispone que «los clérigos dedicados al ministerio eclesiástico merecen una retribución conveniente a su condición, teniendo en cuenta tanto la naturaleza del oficio que desempeñan como las circunstancias del lugar y tiempo, de manera que puedan proveer a sus propias necesidades y a la justa remuneración de aquellas personas cuyo servicio necesitan»; vid. M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, pp. 104-107.

¹²⁵ Vid. M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ y J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO, *La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, nº 3, 2003, pp. 107-113.

¹²⁶ Un sector doctrinal ha estimado que la relación del ministro de culto con su confesión es netamente laboral, e incluso se ha defendido que en el trabajo de los religiosos para su congregación respectiva concurren, o al menos pueden concurrir, todas las notas del trabajo asalariado; vid. M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, pp. 161 y ss.; A. MOTILLA DE LA CALLE, *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000, pp. 60 y ss.

reconocido su condición de trabajadores asalariados en suma, es resultado, quizás, de una opción exegética basada en razones históricas, culturales y de respeto a la propia organización interna de las confesiones religiosas, sobre todo la Católica¹²⁷; pero desde una perspectiva técnico-jurídica, no se encuentra un obstáculo insalvable para proceder a esa calificación¹²⁸. Los ministros de culto, realizando idéntica labor, son considerados o no trabajadores asalariados en función de la institución para la que presten servicios diferencia en modo alguno ontológica, pues el propósito último, la difusión del mensaje, coincide, y el ánimo de lucro tampoco concurre si hubiera voto de pobreza.

La exclusión del concepto de trabajador asalariado de los ministros de culto no proviene del incumplimiento de alguna de las notas contenidas en el art. 1.1 ET, pues la voluntariedad, la ajenidad, la dependencia o la retribución, en mayor o menor medida, podrían estar presentes, sino de los requisitos de existencia del contrato de trabajo, que son aquéllos que prevé el CC como elementos esenciales de todo contrato. Obviamente, el ministro de culto ha prestado el oportuno consentimiento para realizar la actividad, y el objeto («en el caso del contrato de trabajo el objeto está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado»¹²⁹) resulta lícito, posible y determinado.

Aunque es cierto, como ya antaño se puso de manifiesto, que «es difícil configurar una hipótesis de contrato de trabajo con causa inexistente cuando existe el objeto, esto es, cuando se producen las prestaciones de las partes»¹³⁰, éste podría constituir un ejemplo válido. En la prestación de servicios de un ministro de culto no concurre la causa del contrato de trabajo¹³¹, al menos en su dimensión subjetiva¹³², pues

¹²⁷ «El hecho de pertenecer a una comunidad religiosa parece alterar el mecanismo de aplicación de ciertas normas de carácter estatal para las personas pertenecientes a la misma por colisionar con las normas que la rigen»; cfr. M.A. BALLESTER PASTOR e I. BALLESTER PASTOR, *La Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, o la definitiva deslaboralización de la prestación de servicios del religioso a su propia Congregación*, Tribuna Social, nº 46, 1994, pág. 47.

¹²⁸ Así parecen entenderlo M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ y J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO, *La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, nº 3, 2003, pp. 113-115.

¹²⁹ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 472.

¹³⁰ Cfr. F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, Revista de Trabajo, nº 6, 1961, pág. 1889.

¹³¹ En sentido contrario, por entender que el elemento subjetivo no forma parte de la causa, vid. A. MOTILLA DE LA CALLE, *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000, pág. 62.

¹³² Vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 55-56; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, Revista de Trabajo, nº 6, 1961, pág. 1890; A. MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, RDS, nº 6, 1999, pp. 15-16; J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 107 y ss.; J. CABRERA BAZÁN, "Sobre la

la motivación del trabajador no es la obtención de un beneficio económico, y, más allá de la propia motivación intrínseca, en la actividad misma está ausente cualquier finalidad productiva en la que el empresario pretenda obtener un beneficio y deba retribuir en consecuencia al trabajador¹³³. Aunque el ánimo de lucro del empleador no es imprescindible para la existencia de la relación laboral, la «benevolencia» simultánea del prestador y del prestatario de servicios es incompatible con el nacimiento de un contrato de trabajo. Por consiguiente, y en una especie de paradoja, se desarrolla una actividad retribuida, pero espiritualmente benévola o solidaria, con una función social distinta a la del contrato de trabajo, de modo que está ausente su causa¹³⁴.

Precisamente por ello, la actividad pastoral, u otras de asistencia o formación docente en ese ámbito, no constituyen trabajo asalariado, y estuvieron excluidas del Sistema de Seguridad Social hasta que el legislador decidió expresamente la incorporación de los ministros de culto como asimilados a los trabajadores asalariados¹³⁵. Esa condición de asimilados provoca, al margen de la limitación de la acción protectora que las normas específicas puedan decidir¹³⁶, otra serie de consecuencias en materia de Seguridad Social, como por ejemplo que los ministros de culto no ostenten la condición de emigrantes retornados para acceder a esa modalidad de subsidio de desempleo¹³⁷.

Sin embargo, no todos los ministros de culto están comprendidos en el Sistema, sino únicamente los pertenecientes a confesiones religiosas legalmente reconocidas. Así lo expresa el art. 1 del RD 2398/1977, de 27 agosto, en virtud del cual «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»¹³⁸. Respecto de los clérigos de la

causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 156-159; D.M. CAIRÓS BARRETO, *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 56 y ss.; J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.M. DEL VALLE VILLAR, J.L. GIL Y GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 2003, pp. 273-274.

¹³³ Vid. R. ANIORTE SANZ, *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pág. 29.

¹³⁴ Vid. STS (Cont-Adv.) de 14-5-2001 (Ar. 4253).

¹³⁵ Vid. STSJ de Madrid de 12-5-1997 (AS 1578).

¹³⁶ A ellas remiten las Leyes 24, 25 y 26/1992.

¹³⁷ Vid. STSJ de Cantabria, de 17-11-1993 (Ar. 4770).

¹³⁸ La incorporación al Sistema, y en concreto al Régimen General, es la solución que ha adoptado también el ordenamiento francés; vid. J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 459-460; X. PRÉTOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale*,

Iglesia Católica, han sido asimilados, en primer lugar, y como concreta en su apartado 2 ese mismo precepto, los clérigos diocesanos, que son quienes «desarrollen su actividad pastoral al servicio de Organismos diocesanos o supradiocesanos por designación del Ordinario-competente, y perciban por ello la dotación base para su sustentación»¹³⁹. En atención a los cánones 266 y 1009 del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983, pertenecen al orden clerical los obispos, los presbíteros y los diáconos¹⁴⁰.

Cuando los servicios son prestados en instituciones no diocesanas, la incorporación al Sistema de Seguridad Social dependerá de que la actividad desarrollada esté protegida por el Sistema, normalmente por el nacimiento de un contrato de trabajo¹⁴¹. Se ha propuesto además una interpretación extensa, que admita la afiliación y alta del ministro de culto católico que no realice su prestación de servicios en la diócesis, pero sí por encargo de ésta y sujeto a su disciplina¹⁴², opción que debe compartirse en virtud de una interpretación *pro beneficiario* y apoyada en la universalidad subjetiva que propugna el art. 41 CE. Cuestión distinta es que los clérigos, en razón de su dedicación plena o no, y por tanto de la dotación que reciban por sus servicios, deban ser asimilados a trabajadores a tiempo completo o parcial.

No son clérigos diocesanos los capellanes castrenses, encargados de prestar asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁴³. Respecto de la naturaleza jurídica de su relación, el art. 7 RD 1145/1990, de 7 de septiembre, dispone que «los sacerdotes que se incorporen al Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas quedarán vinculados, a efectos orgánicos, por una relación de servicios profesionales de carácter permanente o no permanente». Los capellanes castrenses están expresamente asimilados a los trabajadores por cuenta ajena y deben incorporarse al Régimen General, aunque con una acción protectora limitada (art. 13 RD 1145/1990).

Segunda Edición, Dalloz, 1998, pág. 102; J.A. ALBERCA DE CASTRO, *Régimen jurídico del Ministro de Culto en España y Francia*, Comares, Granada, 1999, pp. 66 y ss. En Argentina, por su parte, la Ley 24.241, de 23 de septiembre de 1993, por la que se crea el «Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones», no declara expresamente como asimilados a «los miembros del clero y de organizaciones religiosas pertenecientes al culto católico apostólico romano, u otros inscritos en el Registro Nacional de Cultos», pero les concede el derecho de afiliación voluntaria [art. 3.b).3]. La Ley brasileña nº 8.213, de 24 de julio de 1991, incluye en el Régimen General «o ministro de confissão religiosa» (art. 12.V).

¹³⁹ Art. 1 de la Orden de 19 de diciembre de 1977, complementada por una Resolución de 27 de octubre de 1979, que establece criterios de orientación para la inclusión del clero en el Régimen General.

¹⁴⁰ Sobre el concepto de organismos diocesanos y supradiocesanos, vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 314-315.

¹⁴¹ A modo de ejemplo, vid. STCT de 30-6-1979 (Ar. 4573), referida a la relación que une al ministro de culto con un colegio mayor en el que prestaba servicios como capellán.

¹⁴² Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 315-317.

En cambio, no forman parte del Servicio de Asistencia Religiosa los sacerdotes colaboradores, definidos como «los sacerdotes y religiosos que, sin dejar los oficios que tengan en sus diócesis o institutos, presten ayuda al personal adscrito al Arzobispado Castrense a tiempo parcial y con carácter de complementariedad»¹⁴⁴. Son designados por el Arzobispo Castrense, quien determina también su retribución a título de gratificación o estipendio ministerial. Ni la DA 1ª del RD 1145/1990 ni la Orden 376/2000 los declaran asimilados por esa colaboración, pero ello no significa que estén excluidos del Sistema. No en vano, la Orden 376/2000 se refiere a quienes no dejen los «oficios que tengan en sus diócesis o institutos», de lo que se infiere una vinculación con la diócesis que permitiría la aplicación del RD 2398/1977 y, por tanto, su consideración como asimilados a trabajadores por cuenta ajena con la consecuente obligación¹⁴⁵ de afiliación al Sistema y alta en el Régimen General¹⁴⁵.

En cuanto a los capellanes en hospitales, su incorporación al Sistema no resulta hoy dudosa, por su condición de auténticos trabajadores asalariados¹⁴⁶. Sin embargo, debe tenerse presente el Acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en Centros Hospitalarios Públicos de 24 de julio de 1985, al que se dio publicidad por medio de la Orden de 20 de diciembre de 1985. En su art. 7 el citado Acuerdo permite que la Administración Pública gestora del centro hospitalario determine el tipo de relación jurídica que se establecerá entre ella y el prestador de asistencia religiosa, pues se puede optar por la celebración de un contrato de trabajo, o bien por la suscripción de un convenio con el Ordinario del lugar. En este último caso, ese art. 7 *in fine* advierte que «el personal religioso será afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social del Clero», Régimen Especial que nunca ha formado parte del Sistema de Seguridad Social. En realidad, bajo tal denominación se esconde, simplemente, una remisión al Régimen General con las matizaciones establecidas por el RD 2398/1977, esto es, una asimilación a los trabajadores por cuenta ajena en los mismos términos que los clérigos diocesanos¹⁴⁷.

Por otra parte, la asistencia religiosa en centros penitenciarios ha dejado de ser prestada por capellanes integrados en el Cuerpo de Funcionarios de Prisiones, sin

¹⁴³ En este sentido, vid. DF 4ª Ley 17/1999 y RD 212/2003, de 21 de febrero.

¹⁴⁴ Art. 1 de la Orden 376/2000, de 20 de diciembre.

¹⁴⁵ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 320-322.

¹⁴⁶ Vid. SSTSJ de Madrid de 4-6-1999 (AS 1957), de 25-6-1998 (AS 2602) y de 27-11-1997 (AS 4258).

¹⁴⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 323-324.

perjuicio del respeto a las situaciones y derechos adquiridos¹⁴⁸. En la actualidad, y como señala el art. 3 del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en los Establecimientos Penitenciarios, de 20 de mayo de 1993 (incorporado a la Orden de 24 de noviembre de ese mismo año), «la atención religiosa católica de los internos de los establecimientos penitenciarios se prestará por sacerdotes, nombrados por el Ordinario del lugar y autorizados formalmente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias». En cuanto a sus derechos de Seguridad Social, la remisión al RD 2398/1977 contenida en el art. 5.2 del Acuerdo deja clara su condición de asimilados a trabajadores asalariados. El art. 6 de ese Acuerdo admite la colaboración en esa asistencia religiosa del «voluntariado cristiano integrado por hombres y mujeres con vocación y preparación específica que, propuestos por el Ordinario del lugar, designe la Administración penitenciaria». La participación en calidad de voluntario, actividad gratuita por definición, conlleva su completa exclusión del Sistema de Seguridad Social.

La estrecha relación que históricamente ha mantenido España con la Iglesia Católica no supone, como se dijo, que se haya ignorado completamente al resto de confesiones. En realidad, a finales de los años setenta parecía triunfar una concepción equiparadora, en el sentido de que todas las Iglesias y Confesiones podían disfrutar de beneficios análogos a los de la Iglesia Católica con la simple inscripción en el Registro especial del Ministerio de Justicia. Sin embargo, a principios de la década de los ochenta comenzó a consolidarse una nueva orientación, que ponía el énfasis en el desarrollo de las relaciones de cooperación. No sería suficiente la mera inscripción, sino que era menester la celebración de un acuerdo de cooperación entre la concreta confesión o iglesia y el Estado¹⁴⁹. En consecuencia, la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los ministros de culto de otras iglesias y confesiones religiosas dependía de lo dispuesto en esos futuros acuerdos (celebrados en el marco del art. 16.3 CE)¹⁵⁰, circunstancia que se demoró hasta 1992. Como excepción, una Orden de 2 de marzo de 1987, hoy derogada por el RD 369/1999, incorporó al Régimen General a los Ministros de Culto de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España.

¹⁴⁸ Vid. DA 1ª del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en los Establecimientos Penitenciarios; recuérdese que la DT 3ª del Reglamento Penitenciario –aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero– mantiene vigentes los preceptos que el antiguo Reglamento Penitenciario –RD 1201/1981, de 8 de mayo– dedicaba al Cuerpo de Capellanes de Instituciones Penitenciarias (arts. 292 y 293).

¹⁴⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pp. 310-311.

Al margen de ese supuesto particular, hubo que esperar hasta 1992 para contemplar los resultados prácticos de esa nueva política. La Ley 24/1992 recoge el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE); en su art. 5 incorporaba a sus ministros de culto al Régimen General. La Ley 25/1992 hizo lo propio con los rabinos de las Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Ley 26/1992 con los dirigentes religiosos islámicos y los imames. Todos ellos se encuentran en la actualidad comprendidos en el campo de aplicación del Sistema como asimilados a trabajadores asalariados, en los términos del RD 2398/1977 y de su Orden de desarrollo de 19 de diciembre 1977 para los rabinos –las mismas normas de los ministros de culto católicos¹⁵¹–, del RD 176/2006, de 10 de febrero, para los dirigentes religiosos islámicos y los imames de las comunidades pertenecientes a la Comisión Islámica de España, y del RD 369/1999 para los ministros de culto de iglesias pertenecientes a la FEREDE¹⁵². Recientemente, el RD 822/2005, de 8 de julio, ha procedido a la asimilación de los clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España que se dediquen de forma estable, exclusiva y remunerada a las funciones de culto o asistencia religiosa. Se trata de inclusiones constitutivas, pues sin esas normas habrían de permanecer al margen del Sistema¹⁵³, en la medida que «la protección del Sistema de la Seguridad Social no es consustancial a la condición de ministro de culto»¹⁵⁴.

En consecuencia, la exclusión de los ministros de culto del Derecho del Trabajo, con las repercusiones correspondientes en el Sistema de Seguridad Social, está íntimamente vinculada a las funciones que realicen y al sujeto para el que se efectúan. Cuando el ministro de culto, cualquiera que sea su iglesia o confesión religiosa, presta para ella servicios diferentes a las tareas de culto, asistencia o formación religiosa (las tareas docentes para la propia iglesia se asimilan a las pastorales y por ello no implican

¹⁵⁰ Esa identificación entre relaciones de cooperación y acuerdo de cooperación parece inferirse también de la STC 46/2001, de 15 de febrero.

¹⁵¹ Se excluyen de la protección las prestaciones de incapacidad temporal, protección a la familia (hay que entender que sólo la modalidad contributiva prevista en el art. 180 LGSS, pues a la modalidad no contributiva sí tendrían derecho si cumplen los requisitos) y desempleo. A efectos de Seguridad Social, toda enfermedad o accidente se entienden producidos por contingencia común.

¹⁵² No se protege contra el desempleo y cualquiera que sea la causa de enfermedad o accidente se considera contingencia común.

¹⁵³ Vid. STS (Cont-Adv.) de 14-5-2001 (Ar. 4253).

¹⁵⁴ Cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pág. 309.

relación laboral)¹⁵⁵, u otros que por su naturaleza no puedan considerarse inherentes a esa condición de ministro de culto, sí podría apreciarse relación laboral¹⁵⁶. En el mismo sentido, si las labores pastorales o religiosas se realizan para otras instituciones distintas de la iglesia o confesión religiosa (centros educativos, instituciones hospitalarias, etc.), habrá que estimar que existe relación laboral si se cumplen los requisitos del art. 1.1 ET, y por tanto procede la inclusión en el Sistema de Seguridad Social por tal condición¹⁵⁷. A la postre, ni la condición sacerdotal «ni la naturaleza espiritual y religiosa del servicio pueden constituir por sí mismos impedimentos para calificar la relación como laboral»¹⁵⁸.

Respecto de los ministros de culto de una de las confesiones con acuerdo, la diferencia entre ambas situaciones (inclusión por su condición de trabajador o de pastor) estribaría^H en la acción protectora, completa en caso de trabajo asalariado¹⁵⁹ y reducida en el supuesto de asimilación¹⁶⁰. Para los ministros de culto de otras confesiones la disyuntiva presenta repercusiones mayores, pues la declaración de relación laboral

¹⁵⁵ La Resolución de 28-9-1998 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (no publicada en el BOE, pero sí en el Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española, nº 59, 1998, pp. 152 y ss.) considera incluidos en el Régimen General, como asimilados a trabajadores asalariados, a los clérigos que imparten docencia en las facultades de estudios eclesiásticos de las universidades de la Iglesia Católica, en las materias de Teología, Derecho Canónico, Filosofía, Sagradas Escrituras e Historia de la Iglesia, pues entiende que están realizando labores pastorales.

¹⁵⁶ Como las tareas ayudante de cocina; vid. STC 128/2001, de 4 de junio. Comentarios a la misma por M. ALONSO OLEA, “Trabajadora por cuenta ajena de la Unión de Agrupaciones Cristianas Adventistas del Séptimo Día y su cotización a la Seguridad Social”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XIX (2001)*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 202-204; J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *La condición de ministro de culto y su incidencia en el régimen de cotización a la Seguridad Social: criterios para determinar la condición de ministro de culto*, AS, nº 9, 2001, pp. 37-41.

¹⁵⁷ Vid. SSTTS de 12-3 y 16-9-1985 (Ar. 1318 y Ar. 4308) y SSTCT de 28-2 y 30-5-1979 (Ar. 1291 y Ar. 3584).

¹⁵⁸ Cfr. STS de 4-4-1984 (Ar. 2032); en el mismo sentido, STC 128/2001.

¹⁵⁹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 14-5-2001 (Ar. 4253) y STSJ de Madrid de 12-5-1997 (AS 1578).

¹⁶⁰ La incorporación al Sistema, aunque únicamente se produzca como mecanismo para completar períodos de carencia, puede tener lugar con carácter retroactivo. Así lo demuestran el RD 487/1998, de 27 de marzo, el RD 2665/1998, de 11 de diciembre, y el RD 432/2000, de 31 de marzo, dictados al amparo de la DA 10ª de la Ley 13/1996, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Por medio de esas normas los sacerdotes y los religiosos y religiosas secularizados —de la Iglesia Católica y no de otras confesiones; vid. STSJ de Madrid de 20-1-1995 (AS 388)— deben ver computados como cotizados los períodos de ejercicio de su actividad pastoral en los que por falta de inclusión en el Sistema no pudieron cumplir esa obligación, para evitar la denegación de la pensión de jubilación por el incumplimiento del período de carencia o la reducción de su cuantía. El hecho de que la retroacción pueda ser superior para los sacerdotes que para los religiosos se debe a su inclusión en regímenes distintos, y no vulnera los principios de igualdad y no discriminación a tenor de la STC 88/2005, de 18 de abril; vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos, Ius Canonicum*, nº 87, 2004, pp. 187 y ss.; J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 46-48; M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Los ministros de culto en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 189 y ss.; G. GRACIA ALEGRÍA, *Análisis de la regulación del*

permitiría la incorporación al Sistema como auténtico asalariado, mientras que la ausencia de contrato de trabajo conlleva la completa exclusión por tratarse de una actividad no protegida ni asimilada¹⁶¹.

Por otro lado, la prestación de servicios para instituciones religiosas por parte de sujetos no integrados en la iglesia o confesión puede plantear dificultades similares, ya que también se ve impregnada de la solidaridad o benevolencia inherente al sentimiento religioso. En este sentido, el art. 97.2.e) LGSS incluye en el Régimen General a los «laicos o seculares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas». Es una mención declarativa, pues no se trata en puridad de un supuesto de asimilación, sino de una auténtica relación laboral. En el caso de la Iglesia Católica, los sacristanes (así como los acólitos, organistas o campanistas)¹⁶² encajan perfectamente en este precepto, aunque es cierto que en muchos casos esa actividad de cuidado y atención de la sacristía, coordinación de distintas actividades y preparación de lo necesario para las celebraciones se realiza de forma benévola, pues no se prestan los servicios a cambio de retribución, sino con el mero propósito de ayuda y colaboración. Por consiguiente, el sacristán deberá quedar incluido en el Sistema de Seguridad Social, como auténtico trabajador asalariado, cuando concurren las notas que configuran el contrato de trabajo¹⁶³, especialmente la retribución, y permanecerá al margen del mismo si el trabajo merece la calificación de benévolo.

Sin embargo, la relación laboral se difumina cuando las tareas del laico o secolar consisten esencialmente en auxiliar de forma directa a la práctica del culto; incluso aunque tal actividad se realice mediando retribución, está imbuida de un elemento espiritual similar al de los ministros de culto, que dificulta el nacimiento de un contrato de trabajo, también por falta de causa, y con ello la incorporación al Sistema de Seguridad Social¹⁶⁴. Consecuentemente, el propio art. 97.2.e) LGSS supedita la

colectivo de religiosos y sacerdotes secularizados en relación con la reciente Sentencia 88/2005 del Tribunal Constitucional, Tribuna Social, nº 176-177, 2005, pp. 45 y ss.

¹⁶¹ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002, pág. 311.

¹⁶² Vid. M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, pp. 194 y ss.; B. OLIET GIL, *La iglesia y las relaciones de servicio retribuidas*, Revista de Trabajo, nº 52, 1975, pág. 137; M. ÁVILA ROMERO, *La seguridad social del clero y sus auxiliares seculares*, La Ley, 1984, pág. 1197.

¹⁶³ Vid. STCT de 25-9-1975 (Ar. 3884).

¹⁶⁴ Considera «inadmisible» esta exclusión F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 237-238.

inclusión de este colectivo en el Régimen General¹⁶⁵, y también en el Sistema de Seguridad Social, a la celebración de un «acuerdo especial con la jerarquía eclesiástica competente», acuerdo que no ha tenido lugar, lo que supone, hasta el momento, su exclusión del Sistema¹⁶⁶.

Muy diferente es la prestación de servicios de los profesores de religión en centros públicos, que, a pesar de las reticencias de la Administración¹⁶⁷, gozan de la condición de trabajadores asalariados¹⁶⁸, aunque con «unas condiciones peculiares que se regulan por un sistema normativo propio» -como por ejemplo que en su nombramiento participen las autoridades eclesiásticas-¹⁶⁹ que la convierten en una relación asalariada «objetivamente especial»¹⁷⁰. El carácter laboral de esa relación se reconocía también en la ya derogada DA 2ª LOGSE (LO 1/1990), y se recoge en la Cláusula Quinta del Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los Centros Públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, Convenio que se contiene en la Orden de 9 de abril de 1999¹⁷¹.

Aunque seguramente era innecesario tras la calificación como trabajo asalariado de esa actividad, la citada Cláusula Quinta aclara que el colectivo afectado está incluido en el Sistema de Seguridad Social, en concreto en el Régimen General, corrigiendo el criterio adoptado por la anterior Orden de 9 de septiembre de 1993 -que nunca llegó a aplicarse-¹⁷², que los incluía en el RETA¹⁷³. La relación entre el profesor de religión y la

¹⁶⁵ Cabe mencionar, por ejemplo, a los catequistas profesionales o a los jueces sinodales, a los que la doctrina dispensa de la en principio imprescindible conexión con la práctica del culto; vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, «Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social», en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 121.

¹⁶⁶ Vid. STCT de 17-11-1979 (Ar. 6457).

¹⁶⁷ Vid. J.I. BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, *El particular via crucis de los profesores de religión*, RGDTS (iustel), nº 2, www.iustel.com.

¹⁶⁸ Entre muchas otras, vid. SSTS de 27-4 y 3-5-2000 (Ar. 4255 y Ar. 4260), de 24-7, 26-11 y 19-12-2002 (Ar. 9525/2002, Ar. 1838/2003 y Ar. 1761/2003) y de 4-2 y 3-12-2003 (Ar. 3208/2003 y Ar. 1236/2004).

¹⁶⁹ Vid. STS de 9-7-2003 (Ar. 8372).

¹⁷⁰ Entre otras, cfr. SSTS de 7-5-2004 (Ar. 4154), de 9 y 28-10-2003 (Ar. 7732 y Ar. 8721); en el mismo sentido STS de 7-2-2003 (Ar. 1340/2004).

¹⁷¹ Vid. J. OTADUY, *Relación Laboral y dependencia canónica de los profesores de religión*, AS, nº 14, 2000, pp. 33 y ss.; del mismo autor, *Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados*, AL, nº 33, 1991, pp. 399 y ss. También, C. DE DIEGO-LORA, *Régimen jurídico de los profesores de religión en los centros públicos de enseñanza*, AL, nº 48, 1989, pp. 635 y ss.

¹⁷² Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza*, AL, nº 15, 2002, pp. 303-304.

¹⁷³ «Siempre que no estuvieran o debieran estar ya afiliados a la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes»; cfr. Cláusula Cuarta Orden de 9 de septiembre de 1993.

autoridad eclesiástica que lo designa, sin embargo, queda al margen del Derecho del Trabajo, y por sí misma tampoco justifica la incorporación al Sistema de Seguridad Social, pues es una relación que se rige por las normas internas de la Iglesia Católica¹⁷⁴.

6- La asimilación del clero regular

Junto a los ministros de culto y a las personas que prestan servicios por cuenta ajena para las distintas confesiones religiosas, el Sistema de Seguridad Social contempla asimismo a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica¹⁷⁵. Se trata de colectivos cuya forma de vida está regida por un nítido componente espiritual, y las creencias que profesan quedan también patentes en las actividades que llevan a cabo. La diferencia con los ministros de culto –aunque pueden simultanearse ambas condiciones-¹⁷⁶ estriba en su relación con la Iglesia, pues en caso de los religiosos no existe dependencia ni tampoco ajenidad, y por ello no procede su asimilación a trabajadores asalariados. Tampoco merecen la consideración de trabajadores autónomos, porque, a pesar del rendimiento económico que puedan generar sus actividades, los beneficios se destinan, al margen eventualmente de la autosubsistencia, a obras de caridad; a la postre, y como demuestra el voto de pobreza, no concurre el ánimo de lucro que el Sistema exige para poder acceder como verdaderos trabajadores autónomos.

De este modo, los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social, salvo que expresamente se decida lo contrario por vía normativa. En esa coyuntura, el RD 3325/1981, de 29 de diciembre, incorporó al Sistema de Seguridad Social, como asimilados a trabajadores por cuenta propia, a «los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica que sean españoles, mayores de dieciocho años y miembros de monasterios, órdenes, congregaciones, institutos y sociedades de vida común, de derecho pontificio, inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y que residan y desarrollen normalmente su actividad en el

¹⁷⁴ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza*, AL, nº 15, 2002, pp. 296-297; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, *De nuevo sobre los profesores de religión católica contratados por el Estado. Comentarios a los Acuerdos y Convenios suscritos entre el Estado español y la Santa Sede*, RGDTS (iustel), nº 3, www.iustel.com.

¹⁷⁵ La incorporación de este colectivo «representa el caso extremo de los límites hasta donde puede forzarse extensivamente el concepto de trabajador susceptible de incluirse en el RETA»; cfr. A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 76.

¹⁷⁶ Vid. M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, pág. 107.

territorio nacional, exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan».

La mayoría de edad es una exigencia que concuerda con el requisito general para el acceso de los autónomos al Sistema, aunque podría haberse excepcionado por tratarse de asimilados¹⁷⁷; la razón de este límite, más bien, trae causa de que el ejercicio de la profesión religiosa exige el cumplimiento de los dieciocho años¹⁷⁸, aunque en caso de discordancia entre la norma canónica y la estatal se produciría la exclusión de los religiosos menores de edad¹⁷⁹. La nacionalidad española, en cambio, resulta una exigencia anacrónica, incompatible con la configuración actual de la extranjería en el Sistema de Seguridad Social. La equiparación absoluta de los extranjeros en situación legal impide condicionar la asimilación a un dato en este punto irrelevante, como es el de la nacionalidad, pues ello deriva en una diferencia de trato que no podría enmarcarse en los parámetros de objetividad, proporcionalidad y razonabilidad necesarios para evitar la discriminación.

La propia actividad religiosa de la Iglesia Católica, por su significación misma y los valores que propugna, de un marcado propósito integrador, se aviene mal con una exigencia de esa índole, contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. En consecuencia, los religiosos y religiosas de otras nacionalidades que desarrollen esa actividad en España –requisito de territorialidad que en principio ha de cumplirse¹⁸⁰, aunque cabe la posibilidad de suscribir un convenio especial en caso de traslado al extranjero¹⁸¹– en las condiciones previstas por el RD 3325/1981 deben

¹⁷⁷ Es discutible que la inclusión en el RETA de un menor de edad pueda establecerse por vía reglamentaria, ya que el art. 7 LGSS fija expresamente los dieciocho años como exigencia de acceso al Sistema para los trabajadores autónomos; no obstante, la condición de asimilado podría justificar esa excepción, pues del mismo modo que se admite la asimilación a trabajadores por cuenta propia sin expreso soporte legal, podría entenderse que la facultad concedida al Gobierno por el art. 97.2.1) LGSS ampara una asimilación a trabajadores autónomos en los mismos términos en que puede efectuarse para los asalariados. En contra, vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *La inclusión en el RETA de colectivos «asimilados» a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la iglesia católica y deportistas de alto nivel*, AS, nº 12, 2005, pp. 84-86.

¹⁷⁸ Canon 656 del Código de Derecho Canónico.

¹⁷⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *La inclusión de los religiosos en el RETA. Precisiones*, Ius Canonicum, Volumen 41, 2001, pp. 152-153.

¹⁸⁰ Vid. STSJ de Aragón de 2-5-2001 (AS 1654).

¹⁸¹ El art. 15.1.3 Orden TAS/2865/2003 permite suscribir un convenio especial a 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». La dependencia del misionero no implica necesariamente su condición religiosa, por lo que podrían suscribir esta modalidad de convenio especial, y acceder así al Sistema, los misioneros laicos enviados al extranjero por una institución religiosa, quebrando la interpretación administrativa –Resolución de 1 de junio de 1994– que abogaba por la completa exclusión

quedar comprendidos, sin duda alguna, en el alcance de la asimilación prevista, y por ello incluidos en el Sistema de Seguridad Social.

En el momento actual, la asimilación se extiende asimismo a colectivos que no reúnen la condición de religiosos, pues bajo la referencia a «monasterios, órdenes, congregaciones, institutos y sociedades de vida común» a los que alude el RD 3325/1981, quedan incluidos los institutos de vida consagrada -religiosos y seculares- y las sociedades de vida apostólica¹⁸². El hecho de que la forma de vida elegida por los miembros tanto de los unos como de las otras se desarrolle bajo idénticos parámetros, fijados por la propia Iglesia Católica, justifica su asimilación –sean o no religiosos en sentido técnico- a trabajadores autónomos¹⁸³ y, por ende, la inclusión de todos ellos en el Sistema de Seguridad Social¹⁸⁴, a pesar de que alguna resolución judicial haya defendido lo contrario¹⁸⁵. La interpretación contextual e histórica resulta aquí decisiva, en la medida que el RD 3325/1981 vio la luz durante la vigencia del Código de Derecho Canónico de 1917, por lo que desconoce la terminología e instituciones que posteriormente se recogerían en el Código de Derecho Canónico de 1983, actualmente vigente. La disfunción obliga por tanto a adoptar una interpretación amplia y armonizadora¹⁸⁶.

La asimilación de los religiosos y religiosas despliega efectos desde el momento en que comienza la denominada profesión temporal, ya que los derechos y obligaciones no difieren en absoluto respecto de la profesión perpetua y la actividad se desarrolla bajo idénticos parámetros; en cambio, quedan excluidos del Sistema de Seguridad Social quienes desarrollan actividades de noviciado¹⁸⁷ o similares¹⁸⁸, que constituyen

del Sistema de este colectivo. Comoquiera que se articula por la vía del convenio especial, la inclusión en el Sistema de Seguridad Social tiene lugar de forma voluntaria; vid. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 111.

¹⁸² Vid. Cánones 573 y ss. del Código de Derecho Canónico.

¹⁸³ En derecho comparado se ofrecen otras posibilidades; por ejemplo, la Ley brasileña nº 8.213, de 24 de julio de 1991, incluye en el Régimen General no sólo a los ministros de culto, sino también «*o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa*» (art. 12.V).

¹⁸⁴ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos*, Ius Canonicum, nº 87, 2004, pp. 164-166.

¹⁸⁵ La STSJ del País Vasco de 12-12-2000 (AS 2002/2001) estimó que permanecían al margen de la asimilación, y por ende del Sistema, las mujeres pertenecientes al Instituto secular femenino «Hijas de la Natividad de María» que no acreditasen su condición de religiosas.

¹⁸⁶ Vid. STCT de 7-11-1988 (Ar. 7794).

¹⁸⁷ A tenor del Canon 646 del Código de Derecho Canónico «el noviciado, con el que comienza la vida en un instituto, tiene como finalidad que los novicios conozcan mejor la vocación divina, particularmente la propia del instituto, que prueben el modo de vida de éste, que conformen la mente y el corazón con su espíritu, y que puedan ser comprobadas su intención y su idoneidad».

períodos de formación previos al paso, si procede, a la profesión temporal¹⁸⁹. Asimismo, quedaban excluidos de la asimilación prevista en el RD 3325/1981 los religiosos y religiosas de derecho diocesano, que debían permanecer al margen del Sistema de Seguridad Social hasta que «así se disponga, a solicitud de la Conferencia Episcopal Española y a propuesta del Ministerio de Justicia, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social» (DA RD 3325/1981).

La diferencia entre los religiosos de derecho pontificio y los religiosos de derecho diocesano aparece en el Canon 589 del Código de Derecho Canónico, de 25 de enero de 1983. Se denominan institutos de vida consagrada de derecho pontificio los erigidos por la Sede Apostólica o aprobados por ésta a través de un decreto formal¹⁹⁰; por su parte, son institutos de vida consagrada de derecho diocesano los erigidos por un obispo diocesano que no han recibido el decreto de aprobación de la Sede Apostólica. Los institutos de vida consagrada de derecho pontificio, regulados en los Cánones 573 y ss. del Código de Derecho Canónico, no dependen jerárquicamente de la Iglesia. Como se sabe, la Iglesia Católica presenta una estructura piramidal (Cánones 330 y siguientes del Código de Derecho Canónico) en la que no se integran los religiosos, que no dependen del párroco ni del obispo, sino del Superior de la orden o congregación respectiva, el cual, no obstante, ha de obedecer en último extremo los dictados de la Santa Sede.

Por el contrario, los institutos de vida consagrada de derecho diocesano dependen del obispo (Canon 625). La diferencia reside únicamente en una cuestión de organización interna de la propia Iglesia Católica, de estructuración y dependencia orgánica, y no en el modo de realizar la actividad. No obstante, la exclusión del Sistema de Seguridad Social de los religiosos y religiosas de derecho diocesano se perpetuó durante más de dos décadas, hasta que la Orden TAS/820/2004, de 12 de marzo, procedió a la asimilación con los trabajadores por cuenta propia de esos religiosos mayores de edad que residan y desarrollen su actividad en territorio español, resultando significativa la omisión de la nacionalidad, que, como antes se dijo, no puede convertirse en obstáculo para la inclusión en el Sistema de los religiosos.

¹⁸⁸ Vid. Resolución de la TGSS de 30 de marzo de 2000; se muestra crítico con esa exclusión M. RODRÍGUEZ BLANCO, *La inclusión de los religiosos en el RETA. Precisiones*, lus Canonicum, Volumen 41, 2001, pp. 162-165.

¹⁸⁹ Canon 653 del Código de Derecho Canónico.

¹⁹⁰ Vid. J.G. NAVARRO FLORIA y C. HEREDIA, *Régimen jurídico de los religiosos y de los institutos de vida consagrada*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 31 y ss.

De este modo, los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica –todos ellos- se encuentran ya asimilados a los trabajadores autónomos; pero la asimilación, como se ha advertido¹⁹¹, admite el establecimiento de particularidades, ya que la posición del asimilado no debe coincidir necesariamente con la del colectivo al que se asimila. En el caso de los religiosos, su acceso al Sistema de Seguridad Social, en concreto al RETA, se produce por su mera condición de tales, y no por el cumplimiento de los requisitos del Decreto 2530/1970. Resulta inviable exigir el total respeto de esas exigencias, en especial el ejercicio de la actividad a título lucrativo, pues el voto de pobreza inherente a la condición de religioso frustraría cualquier solicitud de alta. En consecuencia, la condición de religioso, aun sin provecho económico, es una profesión que exige el ingreso en el Sistema¹⁹², ya que se configura como una incorporación constitutiva¹⁹³.

Evidentemente, el trabajo para un tercero participando en la actividad productiva de éste de forma voluntaria, dependiente, ajena y retribuida se articula a través de un contrato de trabajo, y procede la obligatoria inclusión en el Sistema de Seguridad Social como trabajador asalariado. La necesidad de asimilación se limita, así pues, a quienes prestan servicios en el seno de la congregación religiosa, ya que el vínculo está impregnado de un componente espiritual que impide el nacimiento de un contrato de trabajo -como expresamente puso de manifiesto el TC¹⁹⁴-, salvo supuestos muy particulares en los que pueda demostrarse la existencia de relación laboral, «para lo cual jugará un papel determinante la concurrencia de la nota de retribución»¹⁹⁵. La apreciación de relación laboral, por cierto, permitiría el acceso al Sistema de los religiosos y religiosas de confesiones distintas de la católica, que no han sido asimilados, y por ello permanecen excluidos¹⁹⁶. Conviene recordar que la incorporación de los religiosos católicos, a diferencia de los ministros de culto, se configura como un supuesto de alta subsidiaria, ya que no procederá la asimilación cuando «realicen una actividad profesional que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social» (art. 1.2 RD 3325/1981).

¹⁹¹ VII.1.

¹⁹² Vid. STSJ de Asturias de 17-5-2002 (AS 1643).

¹⁹³ Vid. M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 343 y ss.

¹⁹⁴ Vid. STC 63/1994, de 28 de febrero.

¹⁹⁵ Cfr. M.A. CASTRO ARGÜELLES y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos*, *Ius Canonicum*, nº 87, 2004, pp. 169-170.

¹⁹⁶ En el ordenamiento francés también se ha reconocido la posibilidad de relación laboral entre la Congregación y uno de sus miembros, con objeto de permitir el acceso al Régimen General; vid. sentencia de la *Cour de Cassation* de 8-1-1993; puede consultarse en P. COURSIER, *Travaux dirigés de Droit de la Sécurité Sociale*, Litec, París, 1994, pp. 39-40.

7- La incorporación voluntaria por asimilación al alta: el convenio especial como vía de expansión del ámbito subjetivo

Las situaciones asimiladas al alta –entre las que cabe incluir también el alta especial durante la huelga o cierre patronal¹⁹⁷- constituyen un remedio que el legislador ha creado –y que la jurisprudencia ha desarrollado en ocasiones muy generosamente- para permitir en ciertos casos –«situaciones semejantes o de iguales efectos»¹⁹⁸- la incorporación o la permanencia en el campo de aplicación de colectivos que, de otra forma, deberían quedar excluidos del Sistema, o al menos de la percepción de ciertas prestaciones, por el «peso histórico» del requisito de alta¹⁹⁹. En efecto, la relevancia de la situación asimilada al alta se manifiesta de forma incuestionable en el art. 124.1 LGSS, precepto que condiciona el acceso a las prestaciones de Seguridad Social al hecho de encontrarse en alta o en situación asimilada al alta²⁰⁰.

Cierto es, no obstante, que pueden generarse prestaciones aun en ausencia de alta o situación asimilada. Los actos de encuadramiento carecen de trascendencia alguna respecto de las prestaciones no contributivas, destinadas, en principio, a quienes no desarrollan una actividad profesional, o a quienes habiéndola desarrollado no reúnen los requisitos pertinentes para causar prestaciones contributivas. Pero el art. 124 LGSS también cuenta con excepciones en el ámbito contributivo. Piénsese, por un lado, en la automaticidad de las prestaciones y el alta de pleno derecho, que relativizan los actos de encuadramiento respecto de las contingencias de origen profesional; y, por otro, en la balsámica acreditación de prolongadas carreras de seguro, que dan derecho a ciertas prestaciones desde una situación de no alta²⁰¹. Razones más que evidentes justifican, asimismo, que se

¹⁹⁷ Art. 125.6 LGSS y art. 6.3 Real Decreto-Ley 17/1977. El art. 2 de la Orden de 30 de abril de 1977 expresamente dispone que la situación de alta especial «tendrá la consideración de asimilada a la de alta»; vid. F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 39 y ss. Se ha sugerido la conveniencia de «acabar con esta distinción de alta especial, incluyendo estos supuestos entre los asimilados al alta, en aras de una simplificación de la compleja regulación de la Seguridad Social»; cfr. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VILCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 210.

¹⁹⁸ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las prestaciones a favor de otros familiares», en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 161.

¹⁹⁹ Cfr. J. LÓPEZ GANDÍA, *La aplicación de la «teoría del paréntesis» y de la integración de lagunas tras la Ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)*, AL, nº 11, 2004, pág. 1313.

²⁰⁰ La relevancia de los actos de encuadramiento es tal que afectan al principio de caja única, y por ello son de exclusiva competencia estatal; vid. STC 124/1989, de 7 de julio (FJ 4º).

²⁰¹ Si se reúne un período de carencia de quince años pueden generarse prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de contingencias comunes (art. 138.3 LGSS), jubilación

suprime la exigencia de alta para causar pensiones extraordinarias por actos de terrorismo²⁰².

El art. 7 LGSS, en el que se delimita el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, adopta una perspectiva material y prescinde de requisitos formales. La afiliación, el alta y las situaciones asimiladas al alta parecen legalmente irrelevantes en la determinación del ámbito subjetivo del Sistema, ya que la obligatoriedad de pertenecer a él en tanto se desarrolle una actividad profesional permanece incólume a pesar del incumplimiento de esos requisitos formales. Los actos de encuadramiento, a través de los cuales se constituye la relación jurídica de Seguridad Social, tienen como cometido originario facilitar a las entidades gestoras la identificación de los sujetos con derechos y obligaciones en el Sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, no son meros instrumentos de gestión, sino que su incumplimiento puede acarrear consecuencias tanto para el trabajador como para el empresario, sea en el acceso a prestaciones, sea en la imputación de responsabilidades de diversa índole para el sujeto incumplidor. Los actos de encuadramiento alcanzan así una significación que en principio no les correspondería²⁰³. Son requisitos formales de cuyo incumplimiento, habitualmente, es responsable el empresario, que debería asumir las consecuencias de su falta de diligencia. Pero el Sistema de Seguridad Social ha optado por condicionar la acción protectora a la constitución efectiva de la relación jurídica de Seguridad Social, con pocas excepciones.

El Sistema de Seguridad Social no ofrece una definición de situación asimilada al alta, sino que se limita a recoger un catálogo que, como se ha demostrado, no constituye un *numerus clausus*. De este modo, los caracteres, efectos y eventual repercusión de las situaciones asimiladas al alta han de extraerse a partir de una valoración global de los diferentes supuestos de asimilación. Una primera aproximación debe partir del análisis del art. 124.1 LGSS en relación con el art. 106 del mismo texto legal, de los que se deduce que el alta real, que conlleva la obligación de cotizar, se corresponde con los períodos en los que se desarrolla una efectiva prestación de servicios. En consecuencia, el ordenamiento

(art. 161.5 LGSS) y prestaciones de muerte y supervivencia (arts. 174.1, 175.1 y 176.1 LGSS); vid. S. DE SOTO RIOJA y J.M. DE SOTO RIOJA, "La dispensa del alta en la pensión de viudedad, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 139 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO y G.L. BARRIOS BAUDOR, *La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social*, AS, Tomo V, 1998, pp. 87 y ss.

²⁰² Vid. art. 1 RD 1576/1990, de 7 de diciembre.

²⁰³ Defiende la supresión del alta como requisito de acceso a prestaciones G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 46 y ss.

parece reservar las situaciones asimiladas al alta para los momentos de inactividad, porque el art. 125.3 LGSS convierte al alta de pleno derecho en el mecanismo protector cuando se prestan servicios sin alta real²⁰⁴.

El legislador ha establecido una tipología de situaciones asimiladas al alta de forma un tanto anárquica y con una amalgama de efectos que impiden el tratamiento unitario; no obstante, es claro que las situaciones asimiladas al alta no responden a una necesidad técnica, sino a razones de oportunidad, conveniencia o justicia²⁰⁵. El art. 36 RD 84/1996 es muestra de esta diversidad, pues establece situaciones asimiladas al alta dirigidas en unos casos a determinadas prestaciones (asistencia sanitaria, apartados 11º y 12º, y desempleo, apartado 13º), en otros a ciertos regímenes (REA, apartado 14º, y RETA, apartado 15º), e incluso a colectivos concretos (artistas y profesionales taurinos, apartado 10º). Las situaciones asimiladas al alta pueden provenir de varias fuentes, pues tanto el legislador, como el Ejecutivo y la jurisprudencia han contribuido a ampliar ese elenco configurando una regulación «compleja y caótica», con la «preocupante situación de inseguridad jurídica» que se genera²⁰⁶.

Tamaño heterogeneidad se explica porque las situaciones asimiladas al alta se sirven de diversos instrumentos o mecanismos para conseguir sus fines, que consisten principalmente en evitar la exclusión del Sistema de quien ha desarrollado una actividad profesional y, por circunstancias ajenas a su voluntad, o especialmente protegidas -razones de índole familiar, por ejemplo-, cesa en la prestación de servicios o bien pierde contacto con el Sistema de Seguridad Social por desplazarse al extranjero. De una u otra forma, las situaciones asimiladas al alta que con carácter general mencionan el art. 125 LGSS y el art. 36 RD 84/1996, así como las que se recogen en la normativa específica de cada prestación y de cada régimen especial, responden a la protección de esos supuestos de «inactividad forzada» o actividad extraterritorial²⁰⁷.

Sin propósito exhaustivo, a la finalidad de prolongar la inclusión en el Sistema pese a la cesación de la actividad se dirigen la asimilación al alta de la situación legal de

²⁰⁴ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y J. M. VIÑAS ARMADA, «Artículo 125», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 1174.

²⁰⁵ Vid. A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pp. 146-147; G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 84 y ss.

²⁰⁶ Cfr. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 79.

²⁰⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pp. 83-84.

desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario con mantenimiento de la inscripción como desempleado una vez concluido el período de derechos económicos²⁰⁸, siempre que el derecho se cause en el Sistema español, ya que no generan asimilación al alta las prestaciones que se perciban en España en virtud de exportación (más bien importación) de una prestación foránea²⁰⁹; el período de vacaciones devengadas pero no disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato²¹⁰ -que en realidad es un supuesto especial de alta y no de asimilación-²¹¹; la excedencia forzosa durante el tiempo de desempeño o ejercicio del cargo público o deber público²¹² e incluso durante el mes siguiente en algún caso²¹³; la excedencia por cuidado de hijos²¹⁴, se mantenga o no la reserva de puesto de trabajo, y por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad²¹⁵, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo²¹⁶ -asimilación al alta que perduraría, en ambas modalidades de excedencia, incluso si se extinguiesen los contratos de trabajo durante su disfrute²¹⁷, pero que tiene un alcance limitado al no generarse derecho a salario durante la excedencia²¹⁸ -; la suspensión del contrato por cumplimiento del servicio militar

²⁰⁸ Art. 125.1 LGSS y art. 36.1.1 RD 84/1996.

²⁰⁹ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 10-1-2003 (AS 2358).

²¹⁰ Art. 125.1 LGSS.

²¹¹ Vid. G.L. BARRIOS BAUDOR, "Artículo 125", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 601-602.

²¹² Art. 125.2 LGSS y art. 36.1.2 RD 84/1996.

²¹³ El art. 5.2 RD 1251/2001 califica como situación asimilada al alta a efectos de maternidad «el mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del art. 46 y apartado 3 del art. 48 ET».

²¹⁴ Medidas similares se prevén en otros países, como por ejemplo en Luxemburgo; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 124.

²¹⁵ Vid. STSJ de Cataluña de 24-10-2002 (AS 3502).

²¹⁶ Art. 36.1.3 RD 84/1996, en relación con la DA 3ª RD 1251/2001 y el art. 4 Ley 4/1995; la expresa calificación como situación asimilada a la de alta de la excedencia por cuidado de familiares en la DA 3ª RD 1251/2001 evita la necesidad de recurrir a interpretaciones armonizadoras, en el sentido de calificar esta modalidad de excedencia como forzosa, con el propósito, precisamente, de facilitar su asimilación al alta; vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias*, AS, Tomo V, 2003, pp. 1230 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La prestación familiar en su modalidad contributiva. Exégesis a la nueva redacción del artículo 180 LGSS*, AS, nº 4, 2004, pp. 65-66; F. FERNÁNDEZ PROL, *Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social*, RDS, nº 21, 2003, pp. 104 y ss..

²¹⁷ Muestra sus dudas sobre el momento final de la asimilación al alta en estos supuestos G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 133 y 153; en general, vid. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 255 y ss.

²¹⁸ Y por ello no cabría percibir prestaciones sustitutivas del salario; vid. STSJ de Madrid de 21-11-2002 (AS 1749/2003), comentada por A.B. FERNÁNDEZ URRUTIA, *La Seguridad Social frente a la maternidad en situación de excedencia parental: reconocimiento de la prestación y determinación de la base reguladora*, AS, nº 10, 2003, pp. 40 y ss.

o la prestación social sustitutoria²¹⁹; la de los reservistas –voluntarios u obligatorios– durante la situación de activado²²⁰; el período de percepción de las ayudas previas a la jubilación contempladas en la Ley 27/1984²²¹ o de las ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria²²²; los períodos de inactividad entre trabajos de temporada²²³, amén del alta especial en supuestos de huelga²²⁴ o cierre patronal legal²²⁵, pues la huelga ilegal conlleva la exclusión del Sistema, mientras que ante un cierre patronal ilegal el trabajador tiene derecho al mantenimiento del alta con todas sus consecuencias²²⁶.

El traslado fuera del territorio nacional²²⁷ presenta connotaciones diferentes, puesto que no hay cesación en la prestación de servicios, sino trabajo fuera de España; la situación asimilada al alta permite excepcionar el carácter territorial del Sistema de Seguridad Social. En realidad, y como se vio²²⁸, el traslado no impide el mantenimiento del alta real cuando así lo disponga un convenio internacional o los Reglamentos comunitarios, por lo que esta situación asimilada al alta opera únicamente en defecto de norma internacional o una vez superado el período en el que se mantiene el alta. Junto a estas situaciones asimiladas al alta, de carácter más general, se prevén otras más concretas, unas que atienden a las particularidades de los regímenes especiales²²⁹ o de prestaciones concretas²³⁰, y otras con un propósito marcadamente asistencial²³¹.

²¹⁹ Art. 125.2 LGSS y art. 36.1.4 RD 84/1996.

²²⁰ Arts. 177.b) y 183.1 Ley 17/1999 y art. 27 del RD 1691/2003; vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *La suspensión del contrato de trabajo por pase del reservista voluntario a la situación de activado*, AS, nº 19, 2005, pp. 25 y ss.

²²¹ Disposición Transitoria 10ª LGSS y art. 2 Orden 5 de octubre de 1994; vid. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 213 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, "Disposición Transitoria 10ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 2074 y ss.; M. ARETA MARTÍNEZ, "Disposición Transitoria 10ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 1419 y ss.

²²² Vid. RD 5/2001, de 12 de enero, en especial su art. 11.

²²³ Art. 36.1.7 RD 84/1996; vid. J. GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 306 y ss.

²²⁴ Vid. STSJ de Galicia de 3-3-1995 (AS 954).

²²⁵ Art. 125.6 LGSS y art. 6.3 Real Decreto-Ley 17/1977.

²²⁶ Vid. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 157 y ss.

²²⁷ Art. 125.2 LGSS y art. 36.1.5 RD 84/1996.

²²⁸ V.4.

²²⁹ A título meramente enunciativo, y sin ánimo exhaustivo, el art. 29 Decreto 2530/1970 considera situación asimilada al alta en el RETA los noventa días naturales siguientes a la baja [vid. STS de 26-1-2005 (Ar. 2894)]; el art. 71 Decreto 3772/1972 permite continuar en situación asimilada al alta en el REA a los trabajadores que se desplacen al extranjero en las condiciones que establece el precepto; y una Orden de 31-1-1974 (BOE de 18 de febrero) regula la situación asimilada al alta en el RETM de quienes deban cesar su actividad para desarrollar cursos de formación profesional náutica o náutico-pesquera.

²³⁰ Por ejemplo, el art. 2 del Decreto 625/1985 califica como situaciones asimiladas al alta a efectos de desempleo el retorno de los trabajadores emigrantes, la liberación de prisión por cumplimiento de

La jurisprudencia, en esa vertiente «humanizadora» tan característica del Sistema de Seguridad Social en la actualidad, se ha ocupado de supuestos de variada índole²³², en los que se flexibiliza la exigencia de alta para que puedan causarse, fundamentalmente, prestaciones por muerte y supervivencia o por incapacidad permanente cuando en atención a las circunstancias del caso se estima que existe una razón justificada (enfermedad en su más amplio sentido, incluyendo adicciones²³³) para el incumplimiento de determinados requisitos formales²³⁴. En un sentido análogo, aunque quizá en situaciones con menores dosis de dramatismo, la excedencia voluntaria, que técnicamente no se configura como situación asimilada a la de alta²³⁵, ha sido calificada como tal por los tribunales en ciertos supuestos, limitados en principio a la aparición de una incompatibilidad prevista en la Ley 53/1984²³⁶, pero se conocen interpretaciones más generosas²³⁷.

Debe igualmente considerarse como situación asimilada al alta la incapacidad temporal, o la maternidad, una vez extinguido el contrato de trabajo, pues hasta

condena o libertad condicional y la ausencia de llamamiento de los fijos discontinuos al reiniciarse la actividad; habría que añadir también la excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, a tenor del art. 4 Ley 4/1995; vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, *Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*, RL, nº 11, 1995, pp. 109-111; B. QUINTANILLA NAVARRO, *La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995*, RL, nº 20, 1995, pp. 17-20.

²³¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, “Prólogo”, en G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 30.

²³² Vid. J. GARCÍA MURCIA, *El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia*, AL, nº 2, 2002, pp. 15 y ss.; G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 63 y ss.; J.M. ALCÁNTARA Y COLÓN, “El requisito de estar en alta o situación asimilada al alta a efectos del percibo de prestaciones, principalmente, de viudedad y orfandad”, en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 479 y ss.; P. RIVAS VALLEJO, *Reformas y cambios en la Seguridad Social española: perspectiva 2002 (II)*, Tribuna Social, nº 143, 2002, pp. 40 y ss.

²³³ En general, vid. M.J. ROMERO RÓDENAS, *SIDA y toxicomanías, un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Ibidem, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.; M. PONS CARMENA, *La problemática del S.I.D.A. en la acción protectora de la Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 76, 1997, pp. 24 y ss.

²³⁴ El propio TS explicita que la justicia sustenta esa doctrina humanizadora, «que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección», pues en determinadas situaciones es comprensible que «se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta», lo que no debe perjudicar a quien ha sufrido una contingencia protegida ni, con más motivo, a sus familiares. Entre muchas otras, vid. SSTS de 3-4-2001 (Ar. 4127), de 17 y 25-7-2000 (Ar. 7636 y Ar. 7194) y de 9-12-1999 (Ar. 9720).

²³⁵ Vid. A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 328 y ss.

²³⁶ Vid. SSTS de 23-9 y 28-10-1993 (Ar. 7033 y Ar. 8077), entre otras.

²³⁷ Vid. STSJ de Aragón de 17-7-2002 (AS 2396). No obstante, también hay pronunciamientos en sentido contrario; vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21-12-2000 (JUR 164583/2001), de Andalucía/Granada de 30-11-1999 (AS 526/2000) y de Madrid de 15-4-1999 (AS 1202).

entonces se mantendría el alta²³⁸, así como la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias²³⁹ -aunque algún TSJ calificó tal situación como de alta real²⁴⁰, o incluso determinados periodos de privación de libertad, como la reclusión en un centro penitenciario en el que no se puede desarrollar trabajo productivo por falta de la pertinente organización de la actividad²⁴¹, por su analogía en este último caso con el desempleo²⁴²; evidentemente, la interpretación «humanizadora» excluye los supuestos en que la separación del Sistema se produce de forma voluntaria, sin causa que justifique la permanencia en el campo de aplicación²⁴³. También se ha calificado como situación asimilada al alta el período de devengo de salarios de tramitación, aunque el art. 209.6 LGSS obliga al empresario a instar el alta y la baja, lo que implica en puridad un alta real –de perfiles muy particulares- y no una situación asimilada²⁴⁴.

El propósito «humanizador», a pesar de su origen y elaboración en sede judicial, se aprecia también en alguna de las situaciones asimiladas al alta que se han plasmado normativamente en tiempos recientes. En concreto, cabe destacar la situación asimilada al alta, durante seis meses –considerados como de cotización efectiva²⁴⁵, de las trabajadoras por cuenta propia²⁴⁶ víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art. 21.5 LO 1/2004)²⁴⁷. Por su parte, la Orden TAS/4033/2004, de 25 de noviembre, califica como

²³⁸ Entre muchas otras, vid. SSTS de 20-1 y 21-6-1995 (Ar. 393 y Ar. 10065) y 19-2-1997 (Ar. 1449) y STSJ de Castilla-La Mancha de 22-6-2004 (AS 1958).

²³⁹ Vid. SSTS de 4-6-2002 (Ar. 8127) y de 30-5-2000 (Ar. 8192). Comentan estas sentencias J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *De la suspensión de empleo y sueldo como causa ignorada en la normativa de Seguridad Social sobre alta y cotización: criterios del «vínculo» y de la «actividad» en una discutible labor integradora del Tribunal Supremo*, REDT, nº 114, 2002, pp. 927 y ss.; A. VALDÉS ALONSO, *Situación «asimilada al alta» durante el cumplimiento de la sanción de suspensión de empleo y sueldo*, RL, Tomo I, 2001, pp. 997 y ss.

²⁴⁰ Vid. STSJ del País Vasco de 24-4-2001 (AS 2099), comentada por F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, *La obligación de mantener en alta al trabajador y cotizar en los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias*, AS, nº 11, 2001, pp. 23-27.

²⁴¹ Vid. STS de 12-11-1996 (Ar. 8556).

²⁴² Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 471, que sugieren también como situación asimilada al alta la privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria.

²⁴³ Vid. STS de 5-12-2003 (Ar. 3337/2004).

²⁴⁴ Vid. STS de 22-7-2004 (Ar. 7116).

²⁴⁵ En otros periodos considerados como de cotización efectiva se ha dispuesto que el trabajador se encuentra en alta –real y no asimilada- a efectos de determinadas prestaciones, como demuestra el art. 6 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, respecto de la modalidad contributiva de prestaciones familiares.

²⁴⁶ Defienden la extensión por analogía de esta asimilación al alta a las trabajadoras por cuenta ajena P. MENÉNDEZ SABASTIÁN y T. VELASCO PORTERO, *La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género*, RTSS (CEF), nº 271, 2005, pág. 51.

²⁴⁷ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en J. MUERZA ESPARZA (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp.

situación asimilada al alta la de los trabajadores afectados por el síndrome del aceite tóxico que por tal causa cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudarla, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes del Sistema²⁴⁸.

Las situaciones asimiladas al alta, por tanto, no reflejan la realidad de un sujeto comprendido —o que necesariamente debe estar comprendido— en el Sistema, sino que evitan la exclusión de quien ha dejado de realizar una actividad protegida. Constituyen, a la postre, una vía especial —que no excepcional, por lo generalizado de su uso— de permanencia en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, podría definirse la situación asimilada al alta como aquella circunstancia en la que una norma o la jurisprudencia posibilitan, de manera constitutiva, la permanencia en el Sistema de Seguridad Social, con diferente intensidad de derechos y obligaciones en función de los supuestos, de colectivos que, de otra forma, resultarían expulsados por no desarrollar, o haber concluido, una actividad protegida.

El convenio especial distorsiona esa definición, ya que se ha convertido en una situación asimilada al alta —art. 125.2 LGSS y art. 36.1.6 RD 84/1996— de grandes particularidades, que engloba supuestos y finalidades tan heterogéneas que impiden ordenar sistemáticamente y sin aristas el entramado de situaciones asimiladas al alta. En su momento, la STC 125/1989, de 12 de julio, ya advertía que la asimilación al alta que supone el convenio especial «se configura no sólo como condición del derecho a las prestaciones, sino que su finalidad no es otra, precisamente, que la de no impedir la causación de tal derecho».

El convenio especial se caracteriza por ser una situación asimilada al alta de carácter facultativo que nació como «una modalidad especial de contrato de seguro»²⁴⁹ con una función análoga a la de los seguros voluntarios de índole pública frecuentes en otros ordenamientos²⁵⁰. Pero en la actualidad el convenio especial se ha diversificado, y no se limita a la prolongación voluntaria de la permanencia en el Sistema, sino que su suscripción se justifica también como mecanismo para complementar períodos de

165-166; J.F. LOUSADA AROCHENA, *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, AL, nº 7, 2005, pp. 754 y ss.

²⁴⁸ Aunque su trascendencia práctica es muy limitada en la actualidad, en situación asimilada al alta, al menos para las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, se encontrarían los perceptores de servicios o auxilios económicos de carácter periódico concedidos como prestación de asistencia social interna (arts. 55 y 56 LGSS, art. 22 Decreto 1646/1972 y art. 9 Orden de 31 de julio de 1972); vid. STS de 7-11-1979 (Ar. 3973).

²⁴⁹ Cfr. STS de 15-10-1996 (Ar. 7765).

²⁵⁰ 1.7.

infracotización²⁵¹; en lo que aquí interesa, el convenio especial puede, además, convertirse en la vía de acceso al Sistema de determinados colectivos que, *prima facie*, se encuentran excluidos por no desarrollar una de las actividades comprendidas en el art. 7 LGSS. La posibilidad viene anunciada en el art. 1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre²⁵², a tenor del cual la suscripción de un convenio especial «determinará la iniciación o continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta» en el régimen de Seguridad Social correspondiente²⁵³.

El convenio especial, y por extensión las situaciones asimiladas al alta, desvirtúan los esquemas tradicionales sobre los que se construye el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. Como se advirtió, quienes no puedan ingresar en el Sistema por carecer de la consideración de trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionario público pueden ser asimilados por el legislador o el Ejecutivo a una de esas categorías, y quedarían con ello comprendidos en el campo de aplicación del Sistema con carácter obligatorio²⁵⁴. Sin embargo, por razones de oportunidad y conveniencia se ha preferido soslayar esa posibilidad, y utilizar el convenio especial como vía de inclusión constitutiva en el Sistema²⁵⁵. De este modo, a través del convenio especial pueden incorporarse al Sistema, con carácter voluntario y como asimilados a trabajadores²⁵⁶, los deportistas de alto nivel²⁵⁷, así como los diputados y senadores de las Cortes Generales, los diputados del Parlamento Europeo y los parlamentarios autonómicos²⁵⁸.

²⁵¹ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una reordenación, incompleta, del convenio especial en el Sistema de Seguridad Social*, RL, nº 22, 1991, pág. 103.

²⁵² Extensamente, vid. J.A. PANIZO ROBLES, *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (a propósito de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre)*, RL, nº 22, 2003, pp. 75 y ss.

²⁵³ El convenio especial tiene un precedente en el art. 21 del Reglamento General del Mutualismo Laboral, que todavía puede desplegar efectos por mor de la DT 2ª de la Orden de 24 de septiembre de 1970, norma de desarrollo del RETA; vid. G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 231 y ss.; M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 23 y ss.

²⁵⁴ VII.1 y II.

²⁵⁵ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 15; J.A. MARTÍNEZ LUCAS, *La nueva regulación del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social*, AL, Tomo I, 2004, pp. 303 y ss.

²⁵⁶ Vid. A. ARUFE VARELA, *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003, pp. 124 y ss; J.I. GARCÍA NINET, *La asimilación al alta en virtud de convenio especial con el INSS. Tipología y régimen jurídico*, Revista de Derecho Público, nº 94, 1984, pp. 42-43.

²⁵⁷ III.7.

²⁵⁸ IV.5.

CAPÍTULO VIII- EL ESTADO DE NECESIDAD COMO VÍA DE ACCESO COMPLEMENTARIO

La profunda raigambre contributiva del Sistema de Seguridad Social obstaculiza el propósito constitucional de universalidad subjetiva, por las propias fronteras naturales del criterio profesional, que está dotado de una «potencialidad excluyente»¹. Es claro que la plena efectividad de la Seguridad Social, e incluso su propia razón de ser, requiere que se convierta en un instrumento de redistribución de la riqueza² -evitando el «efecto Mateo»-³, o, cuanto menos, de atención a las situaciones de infortunio, máxime en un contexto como el actual, en el que las elevadas tasas de desempleo y la generalización del empleo precario agravan las dificultades económicas de un importante sector de la población⁴. En último término, la universalidad, aunque en la actualidad se limita a «determinadas ramas de protección»⁵, debe propiciar la tutela de todo ciudadano en estado de necesidad⁶.

¹ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pág. 461.

² Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 37-38; G. PRIETO ESCUDERO, *La Seguridad Social, factor de armonización interclases*, RPS, nº 115, 1977, pp. 139 y ss.; S. OLARTE ENCABO y C. MOLINA NAVARRETE, *La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte 2001: ¿El «adiós» al «modelo progresivo» o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 175, 1997, pp. 37 y ss.

³ Vid. J. BICHOT, *L'effet Matthieu revisité*, Droit Social, nº 6, 2002, pp. 575 y ss.

⁴ «Social security coverage needs to be improved; both as far as the "insured" population and the "insured" risk are concerned. This is of vital importance as social security systems are becoming less effective in providing basic income security to an increasing segment of workers, mainly because of important holes in their coverage. Furthermore, social security systems that were built around the Fordist model of lifelong continuous male employment also seem to have problems in dealing with discontinuities in the lifecourse, such as those associated with important career shifts (e.g. from salaried employment to self-employment, from part-time employment to full-time employment, etc.). These developments seem to imply that the improvement of the coverage of social insurance programmes is a must if we want social security systems that are able to achieve their basic task: the prevention of poverty. This might require an evolution towards a universal coverage system, as well as a system where (prior) labour market attachment plays a less important role in social insurance coverage»; cfr. K. VLEMINCKS y J. BERGHMAN, "Labour market deregulation, non-standard employment and the reform of Social Security", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 41.

⁵ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, "Las reformas laboral y de Seguridad Social de 1997", en A. MARTÍN VALVERDE (Dir.), *Las reformas laboral y de la Seguridad Social de 1997*, CGPJ, Madrid, 1998, pág. 92.

⁶ Vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 75; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, "Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 114; AA.VV., *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no Contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pág. 23.

1- La permanente tensión entre la contributividad y la situación de necesidad: los dilemas del modelo profesional

La debilidad económica es uno de los rasgos característicos de los mecanismos de protección social; por ello, únicamente podían afiliarse a los primeros seguros sociales los trabajadores que percibieran rentas inferiores a los umbrales legalmente tasados, puesto que su misma existencia se justificaba por la atención a las personas que a causa de sus reducidos ingresos eran más proclives a padecer estados de necesidad⁷. La evolución de los sistemas bismarckianos derivó en el aumento de los límites de rentas primero, y en su definitiva supresión después, en un intento de consecución de la “universalidad profesional”, situación «que no dista mucho de la cobertura general o universal para todos los ciudadanos»⁸.

El siguiente paso habría de constituir un decisivo avance cualitativo: amparar a sujetos que no realizan una actividad profesional⁹. Sin embargo, esa extensión se encuentra con dificultades y contradicciones internas en los sistemas de base contributiva, porque la garantía de un ingreso mínimo a todo residente es una señal de identidad de los sistemas asistenciales o universalistas¹⁰. El ámbito de aplicación de un sistema de Seguridad Social, y su posible expansión, está condicionado por el modelo de Seguridad Social que se haya adoptado. La trascendencia del sistema de Seguridad Social desde un punto de vista económico, su decisivo peso en los Presupuestos Generales del Estado y, en definitiva, la gran repercusión de las variaciones de su

⁷ Ese criterio es manejado en la actualidad por algunos Estados en vías de desarrollo. En Malasia, por ejemplo, la *Employees' Social Security Act* de 1969 y la *Employees' Social Security (General) Regulations* de 1971 para los malayos y la *Workmen's Compensation Act* de 1952 para los extranjeros, exigen ingresos inferiores a un determinado umbral para el acceso a los seguros sociales de enfermedad, accidente o maternidad. El umbral para los malayos cuadruplica el fijado para los extranjeros (dos mil *ringgits*), aunque se permite el acceso al seguro a todos los trabajadores manuales extranjeros con independencia de sus ingresos. En sentido contrario, la Ley rumana 9, de 17 de marzo de 2000, del Sistema Público de Pensiones y otros derechos del seguro social, declara comprendidos a determinados asimilados (administradores, trabajadores autónomos, ciertos granjeros, entre otros) únicamente cuando sus ingresos brutos superen una determinada cantidad (tres veces el salario medio anual).

⁸ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984, pág. 50.

⁹ Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Las pensiones no contributivas en Europa*, DL, nº 27-28, 1988-1989, pp. 16 y ss.

¹⁰ Vid. S. NAGEL, “Protección social e ingresos mínimos garantizados. Resumen de algunos programas gubernamentales en Europa”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 277 y ss.; B. GONZALO GONZÁLEZ, “Las pensiones no contributivas en Europa”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pp. 123 y ss.; A. DURÁN HERAS, *Personas con escasos recursos y protección social*, RTSS, nº 9, 1993, pp. 111 y ss.

régimen jurídico sobre la situación económica general, exigen un período de maduración en orden a decidir qué cambios se introducirán y cómo se implantarán.

La ampliación subjetiva del sistema debe efectuarse paulatinamente, ya que, por definición, los derechos de Seguridad Social son consolidables y no suprimibles en función de coyunturas económicas más o menos positivas. De ahí que, en definitiva, la instauración de nuevas prestaciones, y más si potencialmente se dirigen a todos los ciudadanos, deba ser precedida de un análisis profundo sobre su oportunidad y/o viabilidad¹¹. Por más que el condicionamiento financiero pueda suponer una devaluación de la institución -el desplazamiento de «la lógica del fin social por la lógica económica de contención del gasto público»¹²-, se antoja como un mal necesario si con ello se logra efectivamente una garantía de pervivencia del sistema.

Es claro que el art. 41 CE configura un Sistema de Seguridad Social universalista, pero ese precepto es un principio rector de la política social y económica, no un derecho fundamental, y sólo obliga a avanzar en una determinada dirección, sin marcar plazos ni exigencias concretas¹³. En todo caso, el art. 41 CE es un faro que debe guiar la actuación de los poderes públicos, y que insiste en la búsqueda del «difícil equilibrio entre un origen y un desarrollo estructurados conforme a principios diferentes y hasta opuestos»¹⁴; por ello, el art. 41 CE, ya desde 1978, requería actuaciones concretas de adaptación, e incluso superación, del modelo hasta entonces existente¹⁵, para «evitar situaciones de extrema pobreza y marginalidad»¹⁶, que hoy son frecuentes por el contexto socioeconómico, y que pueden verse agudizadas por una Seguridad Social netamente contributiva. El propósito constitucional no puede alcanzarse manteniendo la pureza del modelo bismarckiano, del que siempre quedarían excluidos quienes no desarrollasen una actividad profesional. Por consiguiente, el art. 41 CE

¹¹ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 144-145.

¹² Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, "El sistema de pensiones: principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 4.

¹³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, "El Derecho a la Seguridad Social", en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1445 y ss.

¹⁴ Cfr. M. CARDENAL CARRO, *La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I)*, AS, nº 16, 1999, pág. 17.

¹⁵ Vid. CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 30.

¹⁶ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991, pág. 50.

habría de servir como espoleta para la introducción en el Sistema de elementos de asistencialidad¹⁷, destinados a proporcionar una «protección en grado mínimo»¹⁸.

En teoría, el fin propio de un sistema de Seguridad Social consiste en proporcionar cobertura contra determinados riesgos que originan una situación de necesidad para el sujeto comprendido en su campo de aplicación y/o para su familia¹⁹. Ésa es la razón de que el art. 41 CE conceda una posición preeminente a la debilidad económica, ya que concibe la Seguridad Social como un instrumento para hacer frente a las «situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». Desde esta perspectiva, el estado de necesidad no es patrimonio exclusivo de las prestaciones asistenciales, sino presupuesto natural de actuación de un sistema de Seguridad Social, porque su elemento central «no es la generalización de la protección, sino la protección de la situación de necesidad»²⁰. Como ya advertía la STC 103/1983, de 22 de noviembre²¹, «la referencia a una “situación de necesidad” o a un “estado de necesidad” obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de “riesgo” o “contingencia”, que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aun cuando todavía subsista parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva: accidente de trabajo o no. Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección»²².

Los sistemas de Seguridad Social, de forma inherente porque es parte de su esencia, tienden a expandirse por su vocación natural de proteger a toda persona en estado de necesidad. Precisamente por ello, los modelos contributivos, de una u otra forma, siempre establecen prestaciones destinadas a sujetos que no realizan, ni han realizado, una actividad profesional. En ocasiones, esas medidas se justifican por la relación matrimonial o de parentesco que une al beneficiario con un trabajador, pero en

¹⁷ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español*, AL, nº 36, 1992, pp. 641 y ss.

¹⁸ Cfr. M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones y el incremento de la protección asistencial)*, AS, nº 8, 2001, pág. 58.

¹⁹ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pág. 10.

²⁰ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *Estado social y Seguridad Social*, RL, nº 22, 1994, pág. 5.

²¹ A partir de esta decisión se inicia una «cadena» de sentencias sobre el «viudo discriminado», que pretendían poner fin a las diferencias de acción protectora por razón de sexo; vid. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo VI (1988)*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 555 y ss.

²² En el mismo sentido, vid. SSTC 253/1988, de 20 de diciembre, y 184/1990, de 15 de noviembre.

otras se trata de una protección verdaderamente asistencial, que se enmarca, quizás no en la Seguridad Social, pero sí en la más amplia protección social²³.

En esa línea, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), y su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 383/1984, de 1 de febrero, establecían servicios y auxilios económicos para personas que no estuviesen incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social (art. 12 LISMI), por entonces ligado completamente al criterio profesional. Como se sabe, esas ayudas fueron suprimidas por la Ley 26/1990 -salvo el subsidio de movilidad y compensación de gastos de transporte-, sin perjuicio de que puedan mantener la condición de beneficiarios quienes las vinieran percibiendo con anterioridad (DT 11ª LGSS) y de su incompatibilidad con las prestaciones no contributivas (DT 6ª LGSS)²⁴.

La LISMI designaba como beneficiarios a los minusválidos que no estuvieran comprendidos en el Sistema, ni fueran beneficiarios de prestaciones del mismo, siempre que acreditasen encontrarse en estado de necesidad, cifrado en la obtención de rentas inferiores al 70% SMI en cómputo anual, tope incrementado en un 10% por cada persona a cargo del minusválido²⁵. Junto a prestaciones en especie, la LISMI preveía también un subsidio de garantía de ingresos mínimos y un subsidio por ayuda de tercera persona, cuyos paralelismos con la actual pensión no contributiva de invalidez -y su complemento- son evidentes²⁶.

En el mismo sentido, la Ley de 21 de julio de 1960 y el RD 2620/1981 regulaban las pensiones asistenciales del Fondo Nacional de Asistencia Social²⁷, que consistían en «ayudas económicas individualizadas y de carácter periódico con cargo a la asistencia social en favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo» (art. 1 RD 2620/1981); significativamente, se consideraban en estado de necesidad quienes obtenían rentas o ingresos en cuantía inferior al importe de la ayuda que en su caso se percibiría, al igual que hoy sucede en las pensiones no contributivas. Esas ayudas ya no pueden causarse, por la extinción del Fondo y la derogación de sus normas reguladoras, pero conservan el derecho a ellas quienes las tuvieran reconocidas con

²³ I.I.

²⁴ Vid. B. ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 243 y ss.; J.F. BLASCO LAHOZ, *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no Contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 43 y ss.

²⁵ Arts. 2 y 32 RD 383/1984, de 1 de febrero.

²⁶ Arts. 144 y 145 LGSS.

²⁷ Vid. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pp. 54 y ss.

anterioridad al 23 de julio de 1992²⁸, siempre que sigan cumpliendo los pertinentes requisitos, pues son objeto de revisión periódica (DA 3ª. Ley 30/2005)²⁹.

Consideraciones similares merecen las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de emigrantes españoles (RD 728/1993, de 14 de mayo). El estado de necesidad se configura de idéntica manera que en las pensiones no contributivas –una vez suprimida por el RD 1612/2005, de 30 de diciembre, la referencia al parentesco por afinidad-, si bien aplicando las oportunas correcciones para adecuar la cuantía de la pensión resultante al nivel de vida del Estado de residencia³⁰. Por su parte, la Ley 3/2005, de 18 de marzo, establece una prestación económica extraordinaria para los españoles que debieron abandonar España, normalmente con destino a la antigua Unión Soviética, a edades muy tempranas como consecuencia de la Guerra Civil. Aunque formalmente se presentan como complementarias de la pensión de jubilación no contributiva –si se ha producido el retorno- o de las pensiones asistenciales por ancianidad –si el interesado aún reside en el extranjero-, se ha establecido un límite de rentas particular, más generoso que el de las prestaciones complementadas -6.394,56 euros anuales-, diferencia que también incide en el importe de la prestación³¹. En ambos casos se ofrece una tutela asistencial a colectivos a los que el Sistema de Seguridad Social aspira a proteger directamente en un futuro, aunque momentáneamente renuncie a incluir esas medidas en el catálogo de la acción protectora, como auténticas prestaciones no contributivas, a la espera de que la coyuntura socio-económica lo permita.

2- Las distintas acepciones de la situación de necesidad en el Sistema de Seguridad Social

El concepto de «situación de necesidad» es «muy relativo, pues varía según se considere su contexto social, cultural y económico»³², lo que justifica en cierta medida

²⁸ Vid. art. 7 Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio. Téngase en cuenta que la fecha de 23 de julio obedece a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley, que se produjo el mismo día de su publicación en el BOE, a tenor de su DF única.

²⁹ Vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Las antiguas pensiones de vejez e invalidez del extinto FAS. Su difícil supervivencia*, AS, nº 4, 1999, pp. 86 y ss.

³⁰ Art. 7 RD 728/1993, modificado por el RD 1612/2005, y art. 2 Orden TAS/292/2006, de 10 de febrero.

³¹ Vid. DA 52ª Ley 30/2005 y arts. 4 y ss. Orden TAS/1967/2005, de 24 de junio.

³² Cfr. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas ante la Ley 24/1997, RTSS (CEF)*, nº 194, 1999, pág. 51. En el mismo sentido, vid. L. HURTADO GONZÁLEZ, *Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales*, AL, nº 25, 1993, pág. 472.

que el Sistema apueste por su flexibilización. La evolución de los sistemas contributivos ha provocado que su campo de aplicación se extienda a todos los trabajadores, con independencia de sus ingresos, convirtiendo la contingencia en el elemento determinante de la dispensación de la acción protectora, sin valoración real de las consecuencias que provoca. En este contexto, la situación de necesidad, a pesar de constituirse en el «fundamento racional de toda la acción protectora»³³, se presume *iuris et de iure* cuando acontece una contingencia protegida, pues no se exige acreditación de un estado de necesidad, sino únicamente cumplimiento de ciertos requisitos, como pueden ser la afiliación, el alta y, en su caso, un período de carencia; no se protege el estado de necesidad como tal, sino el mero defecto de ingresos o en su caso el exceso de gastos.¹ La presunción de necesidad en las prestaciones contributivas deriva de la imposibilidad de continuar desarrollando la actividad, temporal o definitivamente, con la consiguiente ausencia de contraprestación económica. La compensación frente al daño se convierte en la regla general³⁴, por más que en ocasiones se haya recurrido al estado de necesidad para orientar la solución de determinados conflictos³⁵. De este modo, la debilidad económica no es un requisito de acceso al Sistema en la modalidad contributiva, y ni siquiera una exigencia para ser beneficiario de su acción protectora, salvo excepciones provocadas por el reciente proceso de asistencialización de determinadas prestaciones³⁶.

En este sentido, y a pesar de que la jurisprudencia constitucional³⁷ equiparó a viudos y viudas tomando como referencia la situación de éstas y no la de aquéllos³⁸, el

³³ Cfr. M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Los principios jurídicos de la Seguridad Social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 27.

³⁴ Vid. M. CARDENAL CARRO, *La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (II)*, AS, nº 17, 2000, pp. 13-14; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 75 y ss.

³⁵ Vid. STC 253/2004, de 22 de diciembre. En ella se advierte que el diferente régimen jurídico a efectos de Seguridad Social entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial puede dar lugar a «supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad» (FJ 6º), con el consiguiente riesgo de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad.

³⁶ Vid. M. ALONSO OLEA, *Las pensiones de viudedad hoy*, Tribuna Social, nº 154, 2003, pág. 13; J.L. TORTUERO PLAZA, *Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres*, Tribuna Social, nº 154, 2003, pp. 68 y ss.; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *La asistencialización de la protección social*, Tribuna Social, nº 169, 2005, pp. 9 y ss.; M. ALONSO OLEA, *Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad*, RMTAS, nº 39, 2002, pp. 13 y ss.; E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad*, Tribuna Social, nº 174, 2005, pp. 15 y ss.

³⁷ Vid. SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre.

³⁸ Vid. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo I (1983)*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 243 y ss.; F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA

estado de necesidad impregna ciertos aspectos del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia³⁹ –posibilidad de percibir el 70 por 100 de base reguladora de la pensión de viudedad⁴⁰, mantenimiento de la pensión de viudedad en caso de nuevo matrimonio⁴¹, percepción de la pensión de orfandad por mayores de dieciocho años, y, en general, las prestaciones en favor de familiares⁴²-, y está presente en la determinación de la cuantía de todas las prestaciones (topes mínimos de pensiones y complementos por mínimos para quien no alcance el umbral previsto en cada caso).

A la postre, incluso la prestación contributiva de desempleo atiende a la debilidad económica, pues determinadas causas de suspensión no operan si el perceptor tiene responsabilidades familiares y carece de rentas sustitutivas que excedan del SMI⁴³; y la misma cuantía de la prestación está limitada en función del estado de necesidad, medido en atención a las responsabilidades familiares⁴⁴. Los caracteres asistenciales impregnan también el subsidio por desempleo -hasta el punto de que la modalidad prevista para emigrantes retornados ha llegado a ser calificada como prestación no contributiva⁴⁵-, la renta activa de inserción⁴⁶ -tercer nivel de la protección por desempleo-⁴⁷ y las medidas de protección por desempleo en el ámbito agrícola⁴⁸.

PÉREZ, *La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del TC*, RL, nº 24, 1990, pp. 37 y ss.

³⁹ La DA 54ª Ley 30/2005 encomienda al Gobierno la presentación de un proyecto de ley, previa valoración y análisis con los agentes sociales, en el que se acometa una «reformulación global de la pensión de viudedad», con el propósito de que «la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante».

⁴⁰ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Fundación BBV, Bilbao, 1996, pág. 30; J. LÓPEZ LÓPEZ, “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 113 y ss.

⁴¹ Un sector doctrinal se ha mostrado muy crítico con estas medidas, por considerar que esta asistencialización de la pensión de viudedad se ha enfocado desde una perspectiva inadecuada, y que puede provocar la «aparición de una nueva clase de pobres, los *parapobres*, que además quedarán condenados a instalarse en su estatus, ya que la protección asistencial evita, por definición, la emancipación del sujeto protegido»; cfr. J.L. TORTUERO PLAZA y J.A. PANIZO ROBLES, “La protección por muerte y supervivencia”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 967.

⁴² En estas prestaciones la obtención de ingresos o rentas superiores al SMI actúa como «causa implícita de extinción»; vid. STS de 27-5-2004 (Ar. 3538/2005).

⁴³ Vid. art. 212.1.b) y c), en relación con el servicio militar o prestación social sustitutoria y con el cumplimiento de condena que implique privación de libertad. La referencia al SMI no se ha sustituido por el IPREM a tenor del art. 3.1.a) Real Decreto-Ley 3/2004.

⁴⁴ Art. 211.3 LGSS.

⁴⁵ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Crítica a la nueva regulación del subsidio para emigrantes retornados*, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1242 y ss.

⁴⁶ Vid. J. GARCÍA MURCIA, “Desempleo”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 85-87; J.M. BLANCO MARTÍN, *La renta activa de inserción: ¿un nuevo subsidio de desempleo? Comentario al RD 236/2000, de 18 de febrero*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2000, pp. 6 y ss.; J.A. MARTÍNEZ LUCAS, “El Programa de Renta Activa de Inserción en la Ley

La debilidad económica se ha convertido en un condicionante del acceso, mantenimiento y cuantía de las prestaciones, pero no en una exigencia ineludible para la incorporación al campo de aplicación del Sistema. La excepción, al margen claro está de la asistencia sanitaria⁴⁹, son las prestaciones no contributivas, que precisamente

45/2002, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 291 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *Las «rentas activas de inserción»: un viaje inacabado desde la «marginalidad» a la «centralidad» del sistema*, RL, Tomo I, 2003, pp. 439 y ss.; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “Rentas de Inserción, Seguridad Social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 501 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Las tendencias de contractualización en el Sistema español de protección social*, RDS, nº 20, 2002, pp. 13 y ss.; A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Avance y continuidad en la política de inserción de los excluidos. Dos medidas recientes: el RD 364/2005, sobre medidas alternativas a la contratación de discapacitados y el RD 205/2005, sobre programa de renta activa de inserción para 2005*, RL, nº 13, 2005, pp. 76 y ss.; J. MORENO GENÉ y A.M. ROMERO BURILLO, *El alcance subjetivo del programa de renta activa de inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva*, RTSS (CEF), nº 269-270, 2005, pp. 119 y ss.

⁴⁷ DA 1ª Ley 45/2002 y RD 205/2005, de 25 de febrero.

⁴⁸ Vid. J. GARCÍA MURCIA, *La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo*, TL, nº 8, 1986, pp. 56 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo*, RL, Tomo I, 2003, pp. 331 y ss.; J.R. MERCADER UGUINA, “Reformas” y “contrarreformas” en el sistema de protección por desempleo. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo*, TL, nº 66, 2002, pp. 190 y ss.; C. AGUT GARCÍA, *Protección por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 150, 2003, pp. 35 y ss.; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Rentas computables para la determinación del umbral de pobreza en el subsidio por desempleo para trabajadores eventuales del campo*, AS, nº 7, 2000, pp. 27 y ss.; J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO (Coord.), *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria*, CES, Madrid, 2003, pp. 53 y ss.; J.L. CABEZAS ESTEBAN, *Subsidio de desempleo de los trabajadores agrícolas eventuales*, REDT, nº 29, 1987, pp. 141 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de la agricultura*, RL, nº 12, 2003, pp. 1 y ss.; A. OJEDA AVILÉS, “La renta agraria para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario”, en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pp. 157 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 82 y ss.; I. MARÍN ALONSO, *La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo*, AS, nº 2, 2004, pp. 73 y ss.; M.J. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, “La renta agraria como nueva forma de protección social por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1175 y ss.; A. ARJAS DOMÍNGUEZ, E.A. GARCÍA SILVERO y F.J. HIERRO HIERRO, “La protección por desempleo de los trabajadores agrarios de carácter eventual de Andalucía y Extremadura”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1285 y ss.

⁴⁹ El art. 1 RD 1088/1989, de 8 de septiembre, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los «españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes», cifrados en rentas anuales superiores al SMI (referencia que ha de entenderse realizada al IPREM tras el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio; vid. J. GARCÍA MURCIA, *Del salario mínimo al IPREM: el nuevo indicador para las prestaciones y ayudas sociales*, RL, Tomo II, 2004, pp. 661 y ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las nuevas condiciones de las prestaciones de Seguridad Social tras la creación del IPREM por Rdley 3/2004, de 25 de junio*, AS, nº 21, 2005, pp. 40 y ss.), aunque el límite se amplía cuando el solicitante tiene menores o incapacitados a cargo; en estos caso, el umbral se halla «sumando a la cifra del Salario Mínimo Interprofesional (IPREM) la que corresponda de multiplicar el número de personas dependientes por la mitad del Salario Mínimo Interprofesional» (art. 1.2 Orden de 13 de noviembre de 1989). El art. 12 LOE extiende la asistencia sanitaria gratuita a los extranjeros, incluso en situación irregular, si están empadronados; en su defecto, tienen ese derecho los menores de edad, y los mayores en casos de urgencia o embarazo; vid. M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 52 y ss.; J.F. BLASCO LAHOZ, *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no Contributivas*, Tirant lo Blanch,

responden a la situación de necesidad en estado puro, al estado de necesidad en suma, propiciando la reaparición «en nuestro Derecho, en forma general y con nueva denominación y estructura, de la beneficencia pública»⁵⁰. El Sistema español de Seguridad Social ha evolucionado, y del trabajador como sujeto protegido se ha avanzado hacia el ciudadano primero, y hacia el residente después, lo que «supone un paso en la búsqueda de un Estado del Bienestar nunca conseguido, aún, en España y lejano, dramáticamente por cierto, en la mayoría de los países del globo»⁵¹. En ese sentido, el art. 7.3 LGSS se muestra excepcionalmente generoso, al menos con los españoles, al afirmar que «estarán comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional».

^H Sin embargo, esa universalidad es más «hipotética que real»⁵², pues no se puede interpretar ese precepto de forma asistemática. El derecho a la Seguridad Social es un derecho de configuración legal, y la Ley ha supeditado el acceso a las prestaciones no contributivas a la actualización de determinadas contingencias, más allá de la acreditación de un estado de necesidad. En consecuencia, la debilidad económica no es una causa autónoma y automática de dispensación de la acción protectora, sino que debe combinarse con otros factores: edad, incapacidad, o hijos a cargo⁵³.

En cualquier caso, para quienes no hayan tenido nunca relación con el Sistema el ingreso en su campo de aplicación se produce con la concesión de una prestación no contributiva. Será ése el momento en el que se incorporen al Sistema, aunque formalmente no se producirá la afiliación⁵⁴, sino únicamente la asignación de un número de Seguridad Social, si no tuvieran ya uno⁵⁵. El estado de necesidad que

Valencia, 1992, pp. 81 y ss.; J.F. BLASCO LAHOZ, *La ampliación de la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos suficientes*, AL, nº 19, 1990, pp. 215 y ss.

⁵⁰ Cfr. M. ALONSO OLEA, "La Seguridad Social: pasado, presente y futuro", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 182.

⁵¹ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991, pág. 50.

⁵² Cfr. M.C. POLO SÁNCHEZ, *Prestaciones no contributivas y principio de igualdad*, RL, Tomo 1, 1995, pág. 135.

⁵³ «En una evolución natural del sistema de Seguridad Social hacia sus modelos más avanzados, podría concluirse en una valoración y protección de las situaciones de necesidad por el hecho de que existan, sin contemplar las eventuales causas que las originen. Pero éste es tan sólo un modelo teórico, que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las "contingencias", de los eventos dañosos que puedan originar la protección que se dispense»; cfr. ATC 576/1983, de 2 de julio.

⁵⁴ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 57.

⁵⁵ Art. 21 RD 84/1996.

justifica el acceso al Sistema en modo alguno se presume, sino que ha de ser real, probado y mantenido durante todo el período en que se dispense protección⁵⁶, por lo que únicamente se han de computar ingresos reales, y no derechos de crédito cuando la deuda no haya sido satisfecha a pesar de haber obrado el acreedor con la oportuna diligencia⁵⁷. Es cierto que el límite de ingresos establecido a efectos de las prestaciones por hijos a cargo, también de carácter no contributivo, es superior al umbral de pobreza⁵⁸ o «mínimo vital de subsistencia»⁵⁹ que configuran las pensiones no contributivas de jubilación o invalidez, pero responde a un estado de necesidad determinado no de forma individual, sino tomando en consideración la célula familiar.

Por consiguiente, el estado de necesidad que justifica la protección del Sistema depende de cada prestación no contributiva, porque la LGSS configura en varias ocasiones un umbral de recursos (pensión de invalidez no contributiva –art. 144-, pensión de vejez no contributiva –art. 167-, prestaciones familiares –art. 182- o subsidio de desempleo –art. 215-). El estado de necesidad que en ellos se protege es, prácticamente, la indigencia, ya que se manejan cuantías inferiores al SMI, o al menos al SMI por miembro de la unidad familiar, lo que excluye a colectivos verdaderamente necesitados de protección⁶⁰. De este modo, se configura un «umbral de pobreza»⁶¹, «un nivel mínimo de ingresos, por debajo del cual se estima existe una situación de pobreza

⁵⁶ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, “Artículo 2”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 61.

⁵⁷ Vid. SSTS de 22-5-2000 (Ar. 5516) y de 25-9-2003 (Ar. 7315). En el mismo sentido, los atrasos de una pensión de IP que debían haberse satisfecho en años anteriores se computan en el año en el que se han percibido efectivamente; vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 19-12-2002 (JUR 54132/2003).

⁵⁸ Sobre las distintas posibilidades para establecer ese límite, vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 238 y ss.; J.A. ÁLVAREZ CORTÉS, *Sobre los requisitos para tener derecho a pensiones no contributivas: en especial, la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas*, TL, nº 55, 2000, pp. 246-247.

⁵⁹ Esta denominación utiliza la Exposición de Motivos del RD 1506/2000, de 1 de septiembre.

⁶⁰ En opinión de J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 114-117, las pensiones no contributivas tratan de proporcionar una renta social mínima, no identificable con una situación de pobreza, que vendría dada por la obtención de unos recursos en cuantía muy inferior al SMI. Sin embargo, la suficiencia de las prestaciones constitucionalmente exigida ha sido situada por algún autor, a efectos de las pensiones no contributivas, precisamente en el SMI, «de forma que las prestaciones de este nivel serán tanto más insuficientes cuanto más alejadas estén de alcanzar ese listón de referencia»; vid. J.A. MALDONADO MOLINA, *La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la junta de Andalucía*, AL, nº 28, 1999, pág. 526. Entiende «desaconsejable» la equiparación, y propone «una ligera aproximación» entre la cuantía de las prestaciones no contributivas y el SMI, M.C. POLO SÁNCHEZ, *Prestaciones no contributivas y principio de igualdad*, RL, Tomo I, 1995, pp. 128 y ss.

⁶¹ Cfr. STS de 17-3-1997 (Ar. 2562).

que debe ser remediada por el conjunto de la sociedad»⁶², en consonancia con la solidaridad que inspira el Sistema de Seguridad Social⁶³.

La situación de necesidad, a la postre, es un concepto jurídico indeterminado que la ley debe concretar, lo que implica que sólo es situación de necesidad la que el legislador configura como tal, y no cualquier otra, aunque objetivamente pueda merecer tal consideración. El Sistema español no ha adoptado un concepto unívoco de situación de necesidad, pues esa expresión comprende tanto el estado de necesidad o debilidad económica, como el aumento de ingresos o defecto de gastos provocado por una contingencia protegida. Conviene recordar que la CE «permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso»⁶⁴. De esa doctrina se deriva que las situaciones de necesidad «han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento»⁶⁵.

En consecuencia, la intervención del Sistema en su vertiente asistencial no garantiza la superación del estado de necesidad que justifica la dispensación de la acción protectora⁶⁶; la reducida cuantía de cualquiera de esas prestaciones no proporciona en ocasiones la adecuada satisfacción de la necesidad; sería deseable que la

⁶² Cfr. STS de 10-5-2000 (Ar. 2773).

⁶³ Ya afirmaba la Ley de Bases de 1963 que «conscientes de que, sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria, la Ley concibe a ésta como una tarea nacional que impone sacrificio a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos respecto de los enfermos; a los ocupados respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares respecto a los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos»; en este sentido, vid. SSTC 134/1987, de 21 de julio y 100/1990, de 30 de mayo, entre otras.

⁶⁴ Vid. STC 38/1995, de 13 de febrero.

⁶⁵ Vid. STC 197/2003, de 30 de octubre.

⁶⁶ Las pensiones no contributivas no permiten «una vida independiente, o por lo menos una vida independiente en el medio urbano; pero sí pueden permitir una subvención de los gastos mínimos del pensionista en el medio familiar en el que normalmente se inserta»; cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica», en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 37.

intensidad de la protección se convirtiese en «personalizada o individualizada»⁶⁷ para el más adecuado cumplimiento de su función. La elevación, no ya del umbral de rentas, sino del importe de esas prestaciones –que está dando lugar a un «intenso debate, donde quedan implicadas distintas opciones políticas e ideológicas más o menos explicitadas»⁶⁸- es una decisión compleja, no solamente por el coste económico que de por sí comporta, sino también por la desincentivación del acceso a la modalidad contributiva que podría provocar, pues la obtención de recursos suficientes deriva en una menor urgencia de encontrar ocupación⁶⁹. Desde esta perspectiva, las prestaciones no contributivas han de evitar convertirse en la causa, o en una de ellas, del incremento de la población inactiva.

3- Estado de necesidad y pensiones no contributivas: el umbral de pobreza como requisito de acceso al Sistema

Las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, cuya instauración implicó «una modificación en la naturaleza tradicional» del Sistema de Seguridad Social⁷⁰, constituyen en la actualidad el más claro exponente del estado de necesidad como elemento determinante del ingreso en el Sistema⁷¹. El legislador no ha establecido un concepto legal de pensiones no contributivas, pero sí las ha dotado de los caracteres propios de las prestaciones de Seguridad Social, y las ha incluido dentro del contenido de la acción protectora del Sistema [art. 38.1.c) LGSS]⁷². Combinadas con la residencia, por un lado, y con la edad o incapacidad respectivamente, por otro, el criterio determinante para su concesión, que las define y las diferencia de otras, y

⁶⁷ Cfr. F. SALVADOR PÉREZ, *La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (y II)*, AL, nº 8, 1992, pág. 119.

⁶⁸ Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, “El sistema de pensiones: principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 22.

⁶⁹ Dando lugar a las «trampas del desempleo» (*unemployment traps*); vid. N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 48 y ss.

⁷⁰ Cfr. F. SALVADOR PÉREZ, *La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (I)*, AL, nº 7, 1992, pág. 103.

⁷¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 39; I. BALLESTER PASTOR y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, “Invalidez permanente no contributiva”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 611.

⁷² Entre otras, vid. SSTSJ de Madrid de 24-5-2004 (JUR 224833), de Andalucía/Málaga de 30-11-2001 (JUR 108957/2002) y de Galicia 4-4-1997 (AS 651).

fundamentalmente de las que en atención a los mismos riesgos pueden generarse en la modalidad contributiva, es el hecho de «carecer de ingresos suficientes»⁷³.

El estado de necesidad justifica la intervención del Sistema público de Seguridad Social en orden a paliar mediante la solidaridad colectiva una circunstancia que se considera inaceptable socialmente: el completo desvalimiento de quienes, por razones de edad o incapacidad, no están en condición de obtener los recursos necesarios para su subsistencia⁷⁴. El estado de necesidad se convierte en un medio para completar lagunas de la modalidad contributiva, un instrumento subsidiario de protección donde las rentas o ingresos del solicitante «condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquélla»⁷⁵.

La LGSS, con propósito de flexibilizar la apreciación del requisito, y atender de mejor manera la multiplicidad de circunstancias que pueden tener lugar, utiliza un doble módulo referencial, en función de si el solicitante de la prestación, o el ya beneficiario de la misma, se encuentra o no en una unidad económica de convivencia⁷⁶. Prescindiendo de la problemática de cálculo que conllevan los supuestos de convivencia no continuada -como por ejemplo hijos de padres divorciados con custodia compartida⁷⁷-, esa unidad económica de convivencia está formada por el solicitante, su cónyuge y, si los hubiere, los parientes por consanguinidad hasta el segundo grado⁷⁸.

El concepto de unidad económica de convivencia no es sinónimo de unidad familiar⁷⁹. A estos efectos, la jurisprudencia ha permitido computar parientes lejanos

⁷³ Art. 144.1.d) y art. 167.1 LGSS.

⁷⁴ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España*, AL, nº 25, 2000, pp. 453-454; S. OLARTE ENCABO, "Disposición Adicional 1ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1937-1939; D. PIETERS, "Los sistemas no contributivos en Europa", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

⁷⁵ Art. 144.6 LGSS.

⁷⁶ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991, pág. 66.

⁷⁷ En general, vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 197-201.

⁷⁸ Arts. 144.4 y 167 LGSS, este último por remisión al primero.

⁷⁹ Vid. R.P. RON LATAS, *Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la jurisprudencia laboral*, AS, nº 2, 1999, pp. 49-50; J.F. BLASCO LAHOZ, "Las prestaciones familiares por hijo a cargo", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1091 y ss.; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002, pp. 160 y ss.; J. GARCÍA ORTEGA y J.I. GARCÍA NINET, *La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social*, Revista de Treball, nº 15, 1991, pp. 32-33; P. MORGADO PANADERO, *Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ante la jurisprudencia*, Tribuna Social, nº 164-165, pp. 27 y ss.

cuando se acredita convivencia efectiva y se constata una situación de necesidad real⁸⁰. Incluso se ha llegado a prescindir del vínculo familiar para resolver supuestos particulares, como el de los religiosos que conviven en comunidades⁸¹; tras iniciales incertidumbres, los tribunales se decantan en la actualidad por la exclusión del concepto de unidad económica de una comunidad religiosa⁸², si bien no puede olvidarse que los miembros de una comunidad religiosa, igual que sucede con los penados en instituciones penitenciarias⁸³, pueden recibir alimentación, alojamiento y vestido, que deben ser considerados como bienes o ingresos computables⁸⁴. Lógicamente, la convivencia ha de producirse en el espacio físico propio de la vida en familia, en un hogar normalmente, y no, por ejemplo, en una residencia de ancianos⁸⁵.

La STS de 19-5-2004 (Ar. 5021), con el fin de asentar un criterio unívoco que garantizase la seguridad jurídica y que permitiese prevenir el fraude, ha defendido que la unidad de convivencia legal «no coincide con el número de personas que, con aportación o no de sus recursos, pueden convivir en una determinada vivienda u hogar,

⁸⁰ Vid. STS de 19-12-2000 (Ar. 829/2001).

⁸¹ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos*, Ius Canonicum, nº 87, 2004, pp. 173-174.

⁸² Vid. SSTSJ de Asturias de 15-4-1994 (AS 1546) y 24-2-1995 (AS 542) y de Galicia de 10-7-1997 (AS 2548).

⁸³ Las soluciones son similares en derecho comparado. El *income support* británico está vedado a los reclusos, mientras que en Estados Unidos la regulación sobre este particular es más detallada, e incluso se declara la incompatibilidad de la prestación con la estancia en una institución pública [parágrafo 1382 *Code of Federal Regulations* (enmarcado en el Título 42, Capítulo 7, Subcapítulo 16) relativo a los beneficiarios del *Supplemental Security Income For Aged, Blind, and Disabled*, prestación destinada a los ancianos, ciegos y discapacitados con escasez de recursos]; vid. J.L. CABEZAS ESTEBAN, *Pensiones no contributivas y prisión*, REDT, nº 108, 2001, pp. 969 y ss.; J.A. ÁLVAREZ CORTÉS, *Sobre los requisitos para tener derecho a pensiones no contributivas: en especial, la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas*, TL, nº 55, 2000, pp. 249 y ss.; J.A. SOLER ARREBOLA, *La Seguridad Social de los internos sujetos a la relación laboral especial penitenciaria: una regulación pendiente*, AL, nº 6, 2001, pág. 128, nota 10; N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000, pág. 197.

⁸⁴ Vid. STS de 20-12-2000 (Ar. 1865/2001) y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24-6-2003 (JUR 116037/2004) y de Castilla-La Mancha de 13-3-2002 (AS 1822). En el mismo sentido, para percibir una pensión asistencial por ancianidad de las previstas para emigrantes españoles en el extranjero es menester la no pertenencia «a institutos, comunidades, órdenes y organizaciones religiosas que, por sus reglas o estatutos, estén obligados a prestarles asistencia» [art. 2.d) RD 728/1993], y en ellas el requisito de carencia de rentas y la definición de unidad económica de convivencia toman como referente las pensiones no contributivas; por su parte, el ya derogado art. 1.2.c) RD 2620/1981 establecía como exigencia para acceder a las pensiones asistenciales del Fondo Nacional de Asistencia Social «no pertenecer a comunidades, institutos, órdenes u organizaciones religiosas que, por sus Reglas o Estatutos, estén obligados a prestarle asistencia, y que, por los ingresos con que cuentan y las cargas que sobre aquéllas pesan tengan posibilidad económica de dársela». Esta previsión, por cierto, ha sido calificada como de «dudosa legalidad» por contrariar presuntamente la libertad religiosa constitucionalmente reconocida como derecho fundamental en el art. 16 de la Carta Magna; vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Las antiguas pensiones de vejez e invalidez del extinto FAS. Su difícil supervivencia*, AS, nº 4, 1999, pág. 88.

⁸⁵ Vid. STS de 9-2-2005 (Ar. 2598).

ni con los que ligados por relaciones de parentesco mantienen esa convivencia. La noción legal es más estricta»⁸⁶. De este modo, la unidad de convivencia se limita, a la luz del art. 144 LGSS, al solicitante, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, quedando excluidas otras personas aunque convivan efectivamente y puedan tener algún grado de parentesco con el solicitante⁸⁷. Ello supone la exclusión, absolutamente inusual, del parentesco por afinidad⁸⁸. Es de suponer, no obstante, que los hijos privativos del cónyuge del solicitante a cargo de la unidad familiar se consideran incluidos en la misma, pues de lo contrario la interpretación quedaría por completo desvinculada no sólo de la realidad a la que debe aplicarse, sino también de su propia finalidad⁸⁹.

La exclusión del conviviente de hecho podría generar también incertidumbres, incluso desde la perspectiva constitucional, porque los convivientes de hecho, y eventualmente sus hijos, forman una unidad económica análoga al matrimonio, y es claro que el ordenamiento español reconoce la familia no matrimonial⁹⁰ (v.gr. art. 39.1 CE)⁹¹. Nótese que la doctrina judicial ha llegado a considerar como integrante de la unidad económica al cónyuge separado de hecho, cuando los vínculos que le unen al solicitante, por la falta de convivencia, parecen mucho más débiles que los del conviviente de hecho⁹².

⁸⁶ Cfr. STS de 19-5-2004 (Ar. 5021).

⁸⁷ En un primer momento, el TS estimó que los nietos formaban parte de la unidad de convivencia si dependían económicamente del solicitante; esa dependencia se presumía *iuris tantum* aunque no se acreditase la causa de convivencia y aunque hubiera familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos, porque el propósito fraudulento ha de probarse; vid. SSTs de 17 y 26-1-2000 (Ar. 924 y Ar. 1315). La STS de 8-2-2005 (Ar. 2853) incluye en la unidad familiar al nieto sin mayor consideración, ya que la mera convivencia, con o sin dependencia económica, conlleva a su juicio la formación de una unidad económica.

⁸⁸ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 139 y ss.; A. GALLEGO MORALES, "Artículo 144", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1392-1393; F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Régimen jurídico de la pensión de jubilación no contributiva", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Pensiones por jubilación o vejez*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 708-709; E. TARANCÓN PÉREZ, "La prestación de invalidez no contributiva", en M.J. ROMERO RODENAS (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003, pp. 226 y ss.

⁸⁹ Vid. STS de 12-11-2003 (Ar. 3383).

⁹⁰ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 146-148; J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 177 y ss.; M.C. POLO SÁNCHEZ, *Prestaciones no contributivas y principio de igualdad*, RL, Tomo I, 1995, pp. 139 y ss.

⁹¹ Vid. STC 47/1993, de 8 de febrero.

⁹² Vid. STSJ de Cataluña de 2-9-1997 (AS 3584); rectificando esa doctrina, vid. SSTSJ de Cataluña de 2-7-1999 (AS 3423) y de 25-6-2001 (AS 3229). En sentido análogo, excluyendo también al separado de hecho de la unidad económica, vid. SSTSJ de Murcia de 10-7-2000 (AS 2481) y del País Vasco de 17-2-2004 (AS 1839).

No obstante, esta exclusión no se traduce necesariamente en una posición desventajosa. En atención a los parámetros establecidos por el TS, el conviviente de hecho del solicitante/beneficiario no será tomado en consideración para determinar el estado de necesidad, ya que no es cónyuge, ni pariente hasta el segundo grado. Si carece de rentas, o las obtiene en escasa cuantía, podría resultar determinante, en ciertos casos, para el cumplimiento del umbral de rentas de la unidad económica. Pero con carácter general su exclusión de la unidad de convivencia no perjudicará al solicitante/beneficiario de la pensión no contributiva. Por un lado, es más probable que el conviviente de hecho allegue recursos a la unidad de convivencia, incluso en mayor proporción que otros integrantes, principalmente los hijos menores de edad; y si esas rentas alcanzan una considerable entidad podrían provocar la superación del límite de ingresos en cómputo familiar, y la consiguiente denegación o extinción de la pensión. Por otro, el conviviente de hecho podría cumplir por sí mismo los requisitos para generar una pensión no contributiva; en tal supuesto, no le afectarían los límites de cuantía previstos en el art. 145 LGSS para las situaciones de pluralidad de beneficiarios en la misma unidad económica de convivencia, debido a que los convivientes de hecho forman parte de unidades económicas diferentes según la noción legal.

Si la exclusión de la unidad económica de los convivientes de hecho no sorprende a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento, la de los acogidos merece una valoración diferente. El acogimiento es una situación equiparada por la normativa de Seguridad Social a la relación paterno-filial, que incluso justifica la suspensión del contrato de trabajo y, si se cumplen los requisitos, la percepción del subsidio por maternidad. Sin embargo, en las pensiones no contributivas el legislador se ha mostrado especialmente restrictivo en la conformación de la unidad económica de convivencia. El art. 145 LGSS ni siquiera hace referencia a la adopción⁹³, y únicamente alude a «descendientes o ascendientes en primer grado», que formarán parte de la unidad de convivencia con independencia de su edad, pues ninguna limitación ha establecido la norma a ese respecto⁹⁴; aunque por imperativo constitucional –art. 39.2

⁹³ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pág. 105.

⁹⁴ Vid. F.J. BLASCO LAHOZ, “Artículo 167”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 1543.

CE- los adoptados están comprendidos en la referencia a descendientes, el art. 11.2 RD 357/1991 subsanó la omisión⁹⁵.

Sin embargo, el acogimiento, en sus distintas modalidades, no se ha equiparado legalmente, ni la doctrina jurisprudencial parece partidaria⁹⁶; y, en la misma línea, quedan excluidas también las relaciones tutelares⁹⁷. Conviene recordar que si el acogido es adoptado por quien lo tiene a su cargo pasaría desde entonces a integrar la unidad económica de convivencia —y eventualmente modificaría al alza, hasta dos veces y media, el límite de ingresos-, a pesar de que la situación fáctica permanecería inalterada⁹⁸. Se pone así de manifiesto que el legislador no maneja un único concepto de familia en la delimitación del estado de necesidad; el art. 215.2 LGSS, referido al subsidio por desempleo, incluye en la noción de «responsabilidades familiares» - íntimamente ligada a la de «unidad económica de convivencia»- al «cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos»⁹⁹.

La opción por una unidad de convivencia restringida —que no se deduce necesariamente del art. 144 LGSS¹⁰⁰, aunque está en el espíritu de las normas asistenciales- es consecuencia de la proliferación de supuestos fraudulentos, que buscan aumentar artificialmente el número de convivientes con el único propósito de causar una pensión no contributiva¹⁰¹. De ahí que se apueste por una interpretación literal de la norma «sin introducir correcciones que pueden desfigurarla, como ocurre cuando se excluyen familiares legalmente incluidos o se incluyen quienes no lo están»¹⁰². La convivencia con tales familiares resulta indispensable, si bien se flexibiliza ese requisito¹⁰³, que no se incumple en supuestos de residencia en diferentes lugares por motivos justificados —estudios, trabajo, internamiento en un centro penitenciario o de

⁹⁵ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El desarrollo reglamentario de la Ley de prestaciones no contributivas*, RL, nº 12, 1991, pp. 72 y ss.

⁹⁶ Justificando la inclusión en la unidad de convivencia del menor entregado en custodia por sentencia judicial, vid. STSJ de Navarra de 31-1-1996 (AS 27).

⁹⁷ Vid. M.A. VICENTE PALACIO, *Sobre el alcance o interpretación del concepto unidad económica de convivencia en las prestaciones no contributivas de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 119, 2000, pág. 60.

⁹⁸ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 184 y ss.

⁹⁹ Vid. L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 65 y ss.

¹⁰⁰ El art. 144.4 LGSS podría interpretarse en el sentido de admitir varios tipos de unidad económica de convivencia, pero exigiendo que se considere como tal la compuesta por familiares cercanos; en este sentido, vid. STSJ de Galicia de 10-7-1997 (AS 2548).

¹⁰¹ Vid. CES, *Informe 8/96: La pobreza y la exclusión social en España*, CES, Madrid, 1997, pp. 78-79.

¹⁰² Cfr. STS de 19-5-2004 (Ar. 5021).

¹⁰³ Vid. M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 138 y ss.

rehabilitación, etc.- en tanto exista dependencia económica¹⁰⁴, siendo menester probar el fraude¹⁰⁵. La dependencia económica no es imprescindible para formar parte de la unidad de convivencia en las pensiones no contributivas; sin embargo, es un indicio de convivencia, o que más bien permite mantener la ficción de convivencia cuando ésta no se produce efectivamente, y, en ocasiones, facilita el acercamiento a la realidad fáctica del solicitante/beneficiario en orden a proporcionar una perspectiva adecuada sobre su situación económica y familiar.

La situación de necesidad en las pensiones no contributivas se identifica con la debilidad económica o «posición económica precaria»¹⁰⁶, de modo que no se requiere la ausencia de toda clase de ingresos, sino meramente la no superación de un determinado límite¹⁰⁷, que coincide con la cuantía fijada como importe de las pensiones no contributivas. Serán considerados en estado de necesidad quienes, en cómputo anual – de enero a diciembre-, carezcan –o se prevea que carecerán¹⁰⁸, cálculo apriorístico de evidentes dificultades, y casi imposible para rentas irregulares¹⁰⁹- de ingresos inferiores a los que les reportaría la concesión de la pensión no contributiva¹¹⁰. Cuando el beneficiario vive solo, o al menos no forma parte de una unidad económica de convivencia en el sentido del art. 144.4 LGSS, la carencia de rentas en cuantía igual o superior a los límites citados –rentas que se valoran en su importe bruto¹¹¹, no neto¹¹²- determina el reconocimiento legal de un estado de necesidad, con independencia de que exista o no, porque se prescinde de las rentas no computables, del patrimonio que no genera rentas, y del lugar de residencia del beneficiario.

¹⁰⁴ Vid. STS de 14-10-1999 (Ar. 7550).

¹⁰⁵ Vid. STS de 17-3-1997 (Ar. 2562).

¹⁰⁶ Cfr. J.F. BLASCO LAHOZ, *La carencia de rentas o ingresos suficientes como requisito imprescindible para causar derecho a las pensiones no contributivas (su determinación legal y judicial)*, AS, nº 17, 2000, pág. 82.

¹⁰⁷ Vid. F. SALVADOR PÉREZ, *La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (I)*, AL, nº 7, 1992, pág. 115.

¹⁰⁸ Vid. art. 11 RD 357/1991.

¹⁰⁹ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 114 y ss.

¹¹⁰ 4.221,70 para 2006, en atención al art. 17 RD 1611/2005, de 30 de diciembre, con posibilidad de incremento en un 50% cuando se haya reconocido un grado de minusvalía superior al 75% y se requiera la ayuda de una tercera persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

¹¹¹ Vid. SSTs de 6-3-1998 (Ar. 2370) y de 10-12-2002 (Ar. 1950/2003). Respecto del subsidio por desempleo, vid. STS de 31-5-1996 (Ar. 4715).

¹¹² Considera equivocado el criterio respecto de ingresos derivados de fuentes diversas al trabajo A.V. SEMPERE NAVARRO, *Pensiones no contributivas y rendimiento por venta de acciones*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 6, 2005, pág. 23.

El estado de necesidad individual, requisito absolutamente insoslayable¹¹³, debe apreciarse cumulativamente con el umbral de rentas familiar cuando el solicitante/beneficiario se integre en una unidad económica de convivencia. El límite de rentas individual y el familiar no constituyen un doble módulo alternativo sobre el que medir la situación de necesidad, sino dos exigencias que en su caso deben concurrir simultáneamente para apreciar una verdadera situación de debilidad económica. Es menester, en este sentido, que el solicitante, o ya beneficiario, no supere el límite de rentas individual; adicionalmente, y como requisito que opera en perjuicio del potencial beneficiario y que enfatiza el estado de necesidad, se toman en consideración los ingresos de la unidad familiar, de modo que el solicitante que efectivamente carezca de rentas superiores al límite verá denegada la prestación cuando sus necesidades puedan ser satisfechas por los familiares que con él convivan¹¹⁴, siempre y cuando formen una auténtica unidad económica¹¹⁵, pues la LGSS «ha antepuesto la solidaridad familiar jurídicamente exigible («ex» art. 143 del Código Civil), a la solidaridad social»¹¹⁶.

Esta regulación restrictiva se justifica por la propia finalidad de las pensiones no contributivas, que no es otra que la de «atender a las necesidades individuales de las personas sin recursos suficientes, y no a las de los familiares del pensionista»¹¹⁷. Como resulta lógico, en caso de matrimonio en régimen de gananciales se han de considerar como ingresos propios la mitad de los del cónyuge¹¹⁸; cuando se trata del cónyuge de parientes del solicitante, quedarán excluidas del cómputo la mitad de las rentas de ese pariente (que deben imputarse a su cónyuge) y, por la misma razón, deberán tomarse en consideración la mitad de los ingresos del cónyuge¹¹⁹.

El límite de acumulación de recursos en caso de unidad económica de convivencia se calcula adicionando a la cuantía de la pensión en cómputo anual (incrementada si procede con el complemento por necesidad de otra persona previsto en

¹¹³ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 169.

¹¹⁴ Vid. SSTS de 7-11 y de 16-12-2002 (Ar. 471/2003 y Ar. 2338/2003), de 8-6-1995 (Ar. 4770), y de 16-7 y 30-12-1994 (Ar. 6671 y Ar. 10528).

¹¹⁵ Vid. STS de 23-9-2002 (Ar. 8407).

¹¹⁶ Cfr. STS de 19-12-2000 (Ar. 829/2001).

¹¹⁷ Cfr. STS de 20-12-2000 (Ar. 1865/2001).

¹¹⁸ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA, *Sociedad de gananciales y prestaciones asistenciales*, Tribuna Social, nº 155, 2003, pp. 17 y ss.

¹¹⁹ Vid. SSTS 10-5-2000 (Ar. 2773), de 11-6-2003 (Ar. 7464) y de 19-5-2004 (Ar. 5021).

el art. 145.6 LGSS¹²⁰) el resultado de multiplicar el 70% de dicha cifra por el número de convivientes menos uno (el propio beneficiario, que ya ha sido computado con el 100%). No obstante, si la convivencia se produce entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, el límite de acumulación de recursos será el equivalente a dos veces y media la cuantía que resulte de aplicar la fórmula anterior, lo que supone un aumento considerable del número de potenciales beneficiarios, y la desvirtuación, en cierta medida, del estado de necesidad. Aunque la indefinición legal generaba dudas¹²¹, parece resuelto ya que la elevación del límite no requiere exclusividad en la convivencia entre el solicitante y sus ascendientes o descendientes en primer grado, sino meramente que la unidad familiar comprenda, al menos, algún pariente en tal condición, aunque de ella formen parte también el cónyuge, otros parientes hasta el segundo grado o incluso otras personas (que ya no serían computadas en la unidad de convivencia legal)¹²²; lo contrario supondría prácticamente la inaplicabilidad de tal previsión¹²³.

La unidad económica de convivencia se toma como referencia al efecto de comprobar si el solicitante/beneficiario puede superar su estado de necesidad por la vía de la solidaridad familiar, lo que justificaría la inactividad del Sistema de Seguridad Social¹²⁴. El umbral de ingresos familiar, en cualquier caso, trata de incentivar en cierta medida, o al menos no perjudicar –aunque en ocasiones se produzcan resultados contraproducentes-¹²⁵, a quien tiene a su cuidado personas especialmente sensibles¹²⁶. En este sentido, constituye una manifestación indirecta, casi implícita, de la protección de las personas dependientes¹²⁷, como manifestaba la propia Exposición de Motivos de

¹²⁰ La interpretación contraria «conduce al absurdo de penalizar al inválido que necesita la ayuda de una tercera persona frente a quien no la necesita»; cfr. SSTS 24-1-2002 (Ar. 2641), de 23-6-2004 (Ar. 6762) y de 28-2-2005 (Ar. 2547).

¹²¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 41.

¹²² Nítidamente, vid. STS 19-5-2004 (Ar. 5021). La unidad de convivencia la formaban la solicitante de la pensión, su cónyuge, el hijo de ambos, la esposa de éste y una nieta.

¹²³ Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, "Sujetos beneficiarios", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 247-248.

¹²⁴ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 170.

¹²⁵ Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 127 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Artículo 144", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 768.

¹²⁶ «El tratamiento diferente, en cuanto a límites económicos, entre unidades de convivencia integradas por padres e hijos y las formadas por otros familiares, tiene su razón de ser precisamente en que el vínculo es más intenso y especial en las primeras que en las segundas»; cfr. STSJ de Madrid de 10-2-1998 (AS 492).

¹²⁷ VIII.5.

la Ley 26/1990, a cuyo tenor la toma en consideración de otros miembros de la unidad familiar en la determinación del umbral de rentas favorece tanto «la integración de las personas mayores en unidades familiares constituidas por sus hijos, como la protección de los minusválidos». Precisamente por ello, resulta extraño que los parientes por afinidad queden excluidos de la unidad económica de convivencia, ya que podría resultar un lastre para la consecución de ese propósito de atención a los dependientes; ahora bien, la inclusión de los dependientes en la unidad de convivencia no resulta necesariamente ventajosa para el solicitante/beneficiario, pues habrá que comprobar si los dependientes tienen o no rentas y, en caso de respuesta afirmativa, su montante, adicionado claro está a las rentas del resto de integrantes de esa unidad de convivencia.

La intensidad del estado de necesidad que se toma en consideración depende no sólo del límite de rentas, sino también, y en especial, del contenido de la noción de «renta». El art. 144.5 LGSS se ocupa de delimitar el concepto de «ingresos o rentas computables», entendiendo incluidos «cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional»¹²⁸. A estos efectos, se consideran rentas de trabajo «las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena»¹²⁹ y se equiparan a ellas «las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social financiados con cargo a recursos públicos o privados»¹³⁰, incluidos también los complementos por mínimos¹³¹.

Cuando se trate de bienes muebles o inmuebles, «se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos» o, en su defecto, «se valorarán según las normas establecidas para el IRPF»; se excluye del cómputo «la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario», así como las subvenciones concedidas por un organismo público para la

¹²⁸ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 161 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 113 y ss.; B. ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 187 y ss.; A. GALLEGO MORALES, «Artículo 144», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1395-1399; J.A. MALDONADO MOLINA, «Sujetos beneficiarios», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 233 y ss.

¹²⁹ *Contrario sensu*, parecen quedar excluidos los conceptos no salariales, sobre todo cuando se trate de indemnizaciones por daños o gastos sufridos a consecuencia del trabajo, o incluso de compensaciones por participación en actividades formativas que no puedan ser calificadas como salario encubierto; vid. SSTs de 28-7-1995 (Ar. 6349) y de 29-10-2001 (Ar. 2377), referidas al subsidio por desempleo, cuya doctrina podría aplicarse sin dificultad a las pensiones no contributivas.

¹³⁰ Cfr. art. 12.2 RD 357/1991, que califica asimismo como ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo «cualesquiera otras percepciones supletorias de éstas a cargo de fondos públicos o privados».

adquisición de la misma (art. 144.5 LGSS)¹³². De este modo, las pensiones no contributivas se han desmarcado del debate sobre el cómputo o no del patrimonio pasivo que tanta polémica suscitó en el subsidio por desempleo¹³³, y en el que incidió directamente la Ley 45/2002 para apostar por una noción tributaria de rentas, frente a la civil que defendían los tribunales¹³⁴.

A pesar de que cuenta con el respaldo de un sector doctrinal¹³⁵, no parece que la opción jurisprudencial fuese la vía más adecuada para ampliar el ámbito subjetivo del Sistema. Ciertamente, el legislador podría optar por «identificar la pobreza como un nivel de vida inferior a lo que resulta socialmente aceptable»¹³⁶, y no supeditar la intervención del Sistema a situaciones de pobreza prácticamente endémica. El orden de prioridades es siempre coyuntural, y quizá en determinados momentos sea preferible destinar recursos a otros fines, como la creación de empleo, antes que a la mejora del Sistema de Seguridad Social.

En cualquier caso, la propiedad de objetos de valor considerable, y más en el caso de inmuebles, debe suponer un obstáculo para el acceso a unas prestaciones destinadas a paliar estados de necesidad muy cualificados. La renuncia a la explotación económica de determinados bienes susceptibles de aprovechamiento, aptos para satisfacer las necesidades vitales del solicitante/beneficiario de la prestación, implica que él mismo, o los integrantes de la unidad económica de convivencia de la que forma parte, pueden satisfacer sus necesidades vitales de forma autónoma, quebrando así la justificación que permite recurrir a la solidaridad social. La mera inactividad del

¹³¹ Vid. STSJ de Galicia de 2-2-1999 (AS 286).

¹³² Vid. STS de 19-4-2002 (Ar. 6767); su doctrina, referida al subsidio por desempleo, podría extrapolarse a las pensiones no contributivas. Específicamente respecto de las pensiones no contributivas, se ha declarado excluida una «bonificación de intereses en el préstamo hipotecario» concedida para la adquisición de una vivienda de protección oficial, por tratarse de un «ahorro de gasto» y no de un «rendimiento efectivo»; vid. STSJ de Madrid de 28-10-1999 (AS 4627)

¹³³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, «El modelo español de protección contra el desempleo», en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ppp. 193-200; J. CABEZA PEREIRO, «El nuevo régimen jurídico del desempleo», en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 629 y ss.; I.A. RODRÍGUEZ CARDO, «La reforma del desempleo desde una óptica jurisprudencial», en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 1019-1023; A. MARTÍN GALLO, *La protección a la familia en materia de desempleo*, AS, nº 18, 2004, pp. 99 y ss.

¹³⁴ Vid. SSTs de 16-5 y 17-7-1995 (Ar. 7577 y Ar. 6266), de 18-9-1996 (Ar. 6571), de 31-5-1999 (Ar. 6156), 30-6-2000 (Ar. 6279), 17-9-2001 (Ar. 8087) y 7, 26-2, 23-3 y 18-6-2002 (Ar. 2656, Ar. 4643, Ar. 3932 y Ar. 7427).

¹³⁵ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, *El regreso a la «situación de pobreza» como presupuesto del subsidio por desempleo: concepto legal de renta computable*, AL, nº 33, 2002, pp. 757-758.

¹³⁶ Cfr. J.A. ÁLVAREZ CORTÉS, *Sobre los requisitos para tener derecho a pensiones no contributivas: en especial, la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas*, TL, nº 55, 2000, pág. 246.

patrimonio, y de sus propietarios, puede ser contemplada como una falta de diligencia que puede repercutir en el acceso a las pensiones no contributivas.

Se excluyen también de la noción de rentas «las asignaciones periódicas por hijos a cargo» (art. 144.5 LGSS), «los subsidios de movilidad y compensación de gastos de transporte previstos en la LISMI, así como los premios y recompensas otorgados a minusválidos en los Centros ocupacionales» (art. 12.4 RD 357/1991)¹³⁷, y alguna decisión judicial ha excluido asimismo el complemento de una pensión de gran invalidez, por entender que cumple una función equiparable a los subsidios de la LISMI¹³⁸. Por otra parte, han de tomarse en consideración las pensiones alimenticias, tanto para incluirlas cuando las perciba un miembro de la unidad de convivencia¹³⁹, como para excluirlas del cómputo cuando uno de ellos las abone¹⁴⁰; ahora bien, cuando se incluyen no se imputan al progenitor, sino a los hijos¹⁴¹. Las herencias quedan también excluidas, pero no así los frutos o rendimientos que generen los bienes heredados¹⁴².

La doctrina judicial mayoritaria excluye las plusvalías¹⁴³, al igual que sucedía en el subsidio por desempleo¹⁴⁴, aunque la reforma del concepto de renta en esta última prestación -art. 215.3.2) LGSS, en la redacción dada por la Ley 45/2002¹⁴⁵-, en el sentido precisamente de calificar como rentas las «plusvalías o ganancias patrimoniales», podría tener incidencia en las pensiones no contributivas¹⁴⁶; se trata, a la

¹³⁷ Vid. J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 217 y ss.

¹³⁸ Vid. STSJ de Madrid de 6-5-2004 (JUR 237057).

¹³⁹ Vid. STSJ de Cataluña 10-1-1996 (AS 845).

¹⁴⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 8-7-2003 (AS 3209), comentada por E. LASAOSA IRIGOYEN, *Cómputo de los recursos de la unidad familiar y estancias periódicas de los hijos con el padre divorciado*, AS, nº 17, 2004, pp. 46 y ss.

¹⁴¹ Vid. STSJ de Andalucía/Málaga de 22-1-1999 (AS 5044).

¹⁴² Vid. STSJ de Asturias de 6-2-1998 (AS 5196).

¹⁴³ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 27-10-2003 (JUR 75852/2004) y de 24-6-2003 (JUR 178779) y de Aragón de 28-2-2000 (AS 1448); en sentido contrario, vid. STSJ de Cantabria de 10-10-2001 (JUR 6129/2002).

¹⁴⁴ Vid. STS de 12-12-2000 (Ar. 810/2001).

¹⁴⁵ A partir de ese momento se consideran como renta no sólo «las plusvalías o ganancias patrimoniales», sino también «los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas». Entienden que se produce así una desmesurada reducción del ámbito subjetivo del subsidio, C. MOLINA NAVARRETE y J. CUEVAS GALLEGO, *Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del RDL 5/2002, de 24 de mayo*, RTSS (CEF), nº 232, 2002, pp. 77-80; parece conforme con considerar el patrimonio como renta computable A. ARUFE VARELA, *El nuevo «compromiso de actividad», de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo*, AL, nº 33, 2002, pág. 730, nota 75.

¹⁴⁶ Vid. STS de 27-1-2005 (Ar. 1633), que considera ingreso computable la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta de acciones, y no todo el importe al que ascienda la venta.

postre, de prestaciones de marcado carácter asistencial, y no se justifica plenamente una diferencia sustancial en el concepto de ingresos computables¹⁴⁷.

4- Estado de necesidad y protección a la familia

Mientras las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación responden al propósito más clásico de la Seguridad Social, proporcionar un ingreso a quien se encuentra en estado de necesidad, las denominadas «prestaciones familiares» conjugan varias finalidades. El estado de necesidad no resulta definitorio de estas prestaciones, pues priman otros valores en su concesión, entre ellos, claro está, la atención a una situación de necesidad, entendida como el exceso de gastos que provocan las cargas familiares¹⁴⁸. La atención a la familia, y en último término —o quizá en primero— el fomento de la natalidad¹⁴⁹, justifican la dispensación de la acción protectora en forma de ayudas económicas para hacer frente a los gastos que comporta la descendencia, en la medida que el mayor coste que estas prestaciones suponen para la Seguridad Social se

¹⁴⁷ La acreditación de insuficiencia de recursos no garantiza la percepción de la pensión no contributiva en su cuantía íntegra; tradicionalmente, la cuantía de la pensión debía reducirse en un importe igual al de las rentas anuales que obtuviera el beneficiario. La Ley 4/2005, de 22 de abril, modificó el art. 145.2 LGSS, permitiendo la percepción íntegra de la pensión cuando las rentas o ingresos no superasen el 25 por 100 de su importe, de modo que la reducción sólo procedía cuando esas rentas o ingresos excediesen de ese porcentaje, y se habría de limitar al montante del exceso. La vigencia de esa nueva redacción fue efímera, pues la Ley 8/2005, de 6 de junio, volvió a la formulación anterior, ordenando la reducción de la pensión en cuantía igual a las rentas o ingresos del beneficiario, pero con una excepción, regulada en el nuevo párrafo segundo del art. 147 LGSS. En virtud de esa previsión, que a tenor de la Exposición de Motivos de esta última Ley pretende facilitar la integración laboral de los minusválidos, el beneficiario de la pensión que comience a realizar una actividad lucrativa puede compatibilizar pensión y trabajo durante los cuatro años siguientes, percibiendo íntegramente la pensión siempre que sumada a los ingresos derivados de la actividad no superen en cómputo anual la cuantía del IPREM. En el caso de que esa operación arrojará un resultado superior al IPREM anual, procede la reducción del importe de la pensión, reducción que está cifrada en la mitad del exceso, si bien los ingresos totales del beneficiario (sumando pensión y rendimientos de la actividad) no pueden superar el 150% del IPREM, dejando a salvo, en cualquier caso, el complemento por gran invalidez no contributiva, que no se ha de computar a estos efectos. Conviene recordar, asimismo, que la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena y la inclusión en el programa de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, son causa de suspensión de la pensión no contributiva de invalidez (art. 144.1 *in fine* LGSS). La suspensión, que no extinción, permite, por un lado, recuperar el derecho a la misma cuando se extinga el contrato o cese la actividad o concluya el programa de renta activa de inserción; y, por otro, circunstancia ciertamente excepcional, que los ingresos obtenidos por el ejercicio de tales actividades no sean tenidos en cuenta a efectos del umbral de rentas que justifica el acceso y el mantenimiento de la pensión no contributiva.

¹⁴⁸ Vid. F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 352; F. DE VICENTE PACHÉS, «Algunas consideraciones sobre las prestaciones familiares en nuestro Sistema de Seguridad Social y en la negociación colectiva», en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999, pág. 585.

¹⁴⁹ «Afán pronatalista», en palabras de C. PASCUAL ALLÉN, *Comentarios al Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 8, 2000, pág. 8.

compensa con el aumento de la natalidad¹⁵⁰, que constituye «una inversión de futuro»¹⁵¹.

La atención a la familia en el Sistema de Seguridad Social, o más bien, «a las cargas familiares que originan gastos al cabeza de familia»¹⁵², ha pasado por diversas fases. La LGSS de 1974 recogía numerosas prestaciones familiares, incluyendo las de natalidad, nupcialidad y cónyuge a cargo¹⁵³, pero su escasa cuantía las convertía prácticamente en medidas simbólicas, hasta el punto que se calificaron como protección «puramente residual e irrelevante —o más bien ridícula—»¹⁵⁴; la Ley 26/1985 únicamente mantuvo las asignaciones periódicas por hijos a cargo, pero incrementó su importe para dotarlas de mayor efectividad. Posteriormente, la Ley 26/1990 establecería la prestación no contributiva por hijo a cargo¹⁵⁵, que acabaría por absorber a la modalidad contributiva, puesto que la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, consideró que las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo tendrían siempre naturaleza no contributiva, diferencia relevante a efectos de financiación, pero no de régimen jurídico, sustancialmente idéntico para ambas modalidades¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Vid. M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 99 y ss.; E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, *La política de protección a la familia en España*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pp. 350 y ss.

¹⁵¹ Cfr. Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Las prestaciones familiares”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 560.

¹⁵² Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, “La protección familiar en el Sistema español de seguridad Social: un enfoque general”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 111.

¹⁵³ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985, pp. 125 y ss.; J.M. ALMANSA PASTOR, *La reforma de la protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social*, RSS, nº 9, 1981, pp. 65 y ss.; R.L. ALCÁZAR CARRILLO, *La Seguridad Social y la protección a la familia en España*, MTSS, Madrid, 1976, pp. 479 y ss.; J.I. GARCÍA NINET, *La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social*, RSS, nº 9, 1981, pp. 87 y ss.; A. DE PEREDA MATEOS, *Asignaciones familiares: racionalización y reforma*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982, pp. 335 y ss.; S. MORENO CÁLIZ y R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, “Las prestaciones familiares en el Sistema español de Seguridad Social y en otros Estados Miembros de la Unión Europea”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999, pp. 549 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991, pág. 71.

¹⁵⁵ Vid. J. GÁRATE CASTRO, *Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo*, DL, nº 34, 1991, pp. 109 y ss.; R. SASTRE IBARRECHE, “Una importante reforma del Sistema de Seguridad Social: la Ley 26/1990, de 20 de diciembre”, en J. ORTEGA ESTEBAN (Ed.), *Relaciones sociolaborales*, Universidad de Salamanca, 1993, pp. 299 y ss.

¹⁵⁶ La protección a la familia está mucho más desarrollada en otros ordenamientos, como el francés, con muy variadas prestaciones familiares, aunque su cuantía obliga a considerarlas también insuficientes; vid. J.P. LABORDE (Traducido por E.M. Blázquez Agudo), “Las prestaciones familiares en Derecho francés: noción y tipologías”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 57 y ss.

El Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, añadió las prestaciones por nacimiento de tercer y sucesivos hijos y por parto múltiple. En su configuración inicial, la adopción no permitía causar esas prestaciones, quizás porque no suponía incremento de la natalidad; además, la situación económica del solicitante resultaba irrelevante para la prestación por parto múltiple, que se configuraba, y aún lo hace, como una prestación «auténticamente universal»¹⁵⁷: se reconoce por el nacimiento de dos o más hijos aunque los progenitores cuenten con recursos suficientes para afrontar los gastos.

La Ley 52/2003 incluyó esas prestaciones en la LGSS mediante la reordenación de las que ha pasado a denominar como «prestaciones familiares», sin mayor aditamento. La prestación no económica por hijo a cargo se constituye ahora como la modalidad contributiva de las prestaciones familiares, mientras que la prestación económica por hijo a cargo, la prestación por nacimiento o adopción –inclusión novedosa- de tercer o sucesivos hijos y por nacimiento o adopción –también mención nueva- múltiple conforman la modalidad no contributiva¹⁵⁸.

La equiparación de los hijos adoptados a los hijos naturales en las prestaciones que provenían del Real Decreto-Ley 1/2000 difumina uno de los objetivos de la medida, aunque fuera implícito¹⁵⁹. Estas prestaciones por parto múltiple tienen una naturaleza jurídica diferente a la del subsidio especial por parto múltiple que se disfruta durante el período de descanso obligatorio (art. 4.4 del RD 1251/2001)¹⁶⁰. Este último supuesto compensa exclusivamente el aumento de gastos, por lo que se justifica que incluya también la adopción, que a efectos de la protección por maternidad es una contingencia equiparada a la filiación natural. Sin perjuicio de la plena operatividad de los principios de igualdad y no discriminación en el régimen jurídico de los hijos naturales y los adoptados (y por ello no cabrían diferencias en la protección por hijo a cargo), no es difícil encontrar una justificación objetiva, razonable y proporcionada para el establecimiento de medidas diferenciadas en un estadio previo, que prioricen la

¹⁵⁷ Cfr. J.A. MALDONADO MOLINA, *La nueva protección por nacimiento*, TL, nº 66, 2002, pp. 296 y ss.; B. GARCÍA ROMERO, *La protección familiar en el Sistema español de Seguridad Social*, AS, nº 14, 2000, pág. 7; I. MARÍN ALONSO y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, pp. 226-231.

¹⁵⁸ En general, vid. J.A. MARTÍNEZ LUCAS, *La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, AL, nº 12, 2004, pp. 1419 y ss.

¹⁵⁹ Ciertamente es que la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2000 limitaba la finalidad de estas prestaciones a «compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijo, en los casos de familias con menores recursos, o cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple». Y el ya derogado RD 1368/2000 se mostraba incluso más escueto.

natalidad frente a la adopción, ya que en una coyuntura demográfica como la actual, con las tasas de nacimientos muy reducidas¹⁶¹, el incremento de la natalidad es un propósito legítimo¹⁶², que no merece reproche constitucional ni desde la perspectiva del principio de igualdad ni desde el prisma de la protección a la familia¹⁶³.

En lo que aquí interesa, la Ley 52/2003 no propició variación alguna en la incidencia de la situación de necesidad sobre las prestaciones de nuevo cuño que se incorporaban a la LGSS. La prestación por nacimiento o adopción múltiple no atiende a los ingresos o patrimonio del solicitante, únicamente al hecho en sí de la contingencia protegida –nacimiento o adopción de dos o más hijos-, amén de la residencia en España y de la incompatibilidad con otras prestaciones de la misma naturaleza. Por el contrario, la concesión de cualquiera de las otras dos clases de prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, la prestación por hijo a cargo y la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, se supedita por lo general -hay una excepción por minusvalía (art. 182.3 LGSS)- a la demostración de insuficiencia de recursos económicos¹⁶⁴.

El límite de rentas de las prestaciones familiares se configura como un tope de dimensión familiar, lo que provoca, de partida, que deba ser más elevado que el umbral de pobreza. El principio inspirador de estas prestaciones, la protección a la familia, implica asimismo una elevación del límite de ingresos que beneficie a familias con niveles medios de rentas, estadísticamente las más numerosas, y en muchos casos reacias a incrementar el núcleo familiar por la dificultad de compatibilizar la vida laboral y familiar, y, en suma, por el aumento de gastos que conlleva el nacimiento o adopción de un hijo. Las prestaciones familiares se dirigen también a esas situaciones, a familias que no se encuentran en estado de necesidad, pero que en muchos casos

¹⁶⁰ Vid. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 501-502.

¹⁶¹ «Alarmante descenso de natalidad», en palabras de F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2001, pág. 311.

¹⁶² No lo entienden así, pues consideran que la finalidad de estas prestaciones se limita a la compensación del aumento de gastos provocado por el advenimiento de nuevos hijos, cualquiera que sea su filiación, G.L. BARRIOS BAUDOR, *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 216-217; C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 262-263; M. ARETA MARTÍNEZ, *Prestación económica de pago único por parto múltiple: hecho causante, sujetos causantes y beneficiarios. Particularidad: adopción internacional múltiple (tres menores)*, AS, nº 16, 2004, pp. 24 y ss.; B. SUÁREZ CORUJO, *Prestación económica por adopción múltiple*, AS, nº 20, 2005, pp. 35-36.

¹⁶³ La STS de 24-6-2004 (Ar. 5068) considera deseable un régimen jurídico sin distinciones.

¹⁶⁴ Vid. A. PARDELL VEÀ, «Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales», en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 224 y ss.

requieren un estímulo para aumentar el núcleo familiar, y el económico es con frecuencia el más adecuado¹⁶⁵. Por consiguiente, el nivel de ingresos que se toma como referencia en las prestaciones familiares por hijo a cargo o por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos es notablemente superior al que actúa como límite de las pensiones no contributivas¹⁶⁶, en coherencia con el propósito de incrementar «el bienestar social de la familia que tiene hijos»¹⁶⁷.

Las prestaciones por hijo a cargo cuentan con límites maleables, que dependen de las responsabilidades familiares del solicitante, por lo que no se ha configurado un único listón, sino varios en atención al número de hijos a cargo. En su cuantía mínima, el límite de ingresos establecido para las prestaciones familiares supera en más del doble el umbral de pobreza que constituye la puerta de entrada a las pensiones no contributivas¹⁶⁸. No en vano, la cuantía de las pensiones no contributivas para 2006, y por consiguiente el mínimo vital que justifica el reconocimiento/mantenimiento de la prestación, asciende a 4.221,70 euros anuales¹⁶⁹, mientras que el tope mínimo de rentas más reducido para causar una prestación familiar por hijo a cargo se sitúa en 9.091,99 euros anuales, y el de la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos es lógicamente superior¹⁷⁰.

Desde esta perspectiva, las prestaciones familiares responden al aumento de gastos provocado por los hijos cuando la situación económica no es holgada, con el propósito de incentivar, o mejor no desincentivar, el futuro aumento del número de integrantes de la familia, incluso a través del acogimiento, pues en la prestación por hijo a cargo es también una situación protegida. De ahí que los límites de rentas que justifican la percepción de la prestación dependan de las responsabilidades familiares, y que se computen conjuntamente los ingresos de los dos progenitores —o en su caso de la unidad familiar de acogida— si viven juntos.

¹⁶⁵ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo*, Tribuna Social, nº 123, 2001, pp. 15 y ss.

¹⁶⁶ Sin perjuicio de que la elevación pueda estimarse insuficiente; vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *Familia y Seguridad Social hoy en España*, Tribuna Social, nº 90, 1998, pp. 7 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. G.L. BARRIOS BAUDOR, *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 52.

¹⁶⁸ Pueden encontrarse fórmulas diversas en derecho comparado. A modo de ejemplo, el art. 3 de la Ley de la República Argentina 24.714, de 2 de octubre de 1996, de creación del Nuevo régimen de asignaciones familiares, establece un umbral de ingresos diferente para el acceso a la prestación en función de la provincia en la que resida el trabajador. Además, la cuantía de la prestación, a tenor del art. 18, se modula a partir de las rentas mediante el establecimiento de una serie de tramos.

¹⁶⁹ Art. 17 RD 1611/2005, de 30 de diciembre.

¹⁷⁰ DA 6ª RD 1611/2005, de 30 de diciembre.

El límite anual legalmente fijado debe incrementarse en un quince por ciento si se tiene a cargo a otro hijo o menor acogido. En casos de familia numerosa, en los términos de los arts. 2 a 4 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, el límite de ingresos se eleva a 15.500,63 euros anuales cuando concurren tres hijos a cargo, pero se incrementará en 2.510,67 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido¹⁷¹. Téngase en cuenta que, de ordinario, la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos –prestación para la que no se tienen en cuenta los menores acogidos– toma como referencia los límites previstos para familias numerosas, que se constituyen como tales, en principio, cuando uno o dos ascendientes conviven con tres o más hijos, sean o no comunes¹⁷². Los hijos computables para la prestación por hijo a cargo no han de coincidir necesariamente con los que pueden tomarse en consideración para la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, porque en esta última computan los hijos comunes y no comunes (art. 185.1 LGSS), mientras que en la prestación por hijo a cargo nada se especifica; la doctrina judicial, es cierto, tiende a incluir a todos para aumentar el límite de ingresos¹⁷³.

El tope de recursos, a diferencia de las pensiones no contributivas, no se configura como una barrera infranqueable. La suma de los ingresos del beneficiario, de su cónyuge o pareja de hecho (no es necesario matrimonio, únicamente unidad de convivencia) y de los que deriven de la prestación pueden exceder del límite. En realidad, el tope de rentas viene determinado por la adición de las dos cantidades siguientes: por un lado, el umbral de ingresos que se constituye como requisito de acceso a la prestación; por otro, el importe de la prestación que correspondería percibir. En este sentido, el art. 182.c), quinto párrafo, LGSS permite generar la prestación cuando se supere el límite de rentas siempre que los ingresos computables «sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra –el límite de rentas– el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios»; ahora bien, la cuantía de la prestación se limita a la diferencia entre ese nuevo umbral y los ingresos percibidos por el beneficiario y su cónyuge o pareja de hecho, si conviven¹⁷⁴.

¹⁷¹ DA 6ª RD 1611/2005.

¹⁷² Art. 2 Ley 40/2003. Deben aplicarse los límites genéricos cuando la condición de familia numerosa no se acredite, por no haber procedido a la oportuna solicitud en los términos del art. 5 Ley 40/2003.

¹⁷³ Vid. STSJ de Andalucía/Granada de 29-4-2003 (JUR 160117).

¹⁷⁴ Vid. M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 146 y ss.

Varias precisiones son necesarias, por contraposición a las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. En esas pensiones la unidad económica de convivencia está formada por los cónyuges y los parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, estén o no a cargo del solicitante/beneficiario¹⁷⁵. En las prestaciones familiares únicamente se toman en consideración como hijos a cargo los que vivan con el beneficiario y a sus expensas¹⁷⁶, siempre que sean menores de dieciocho años o, en su defecto, incapacitados¹⁷⁷, así como los acogidos que cumplan esos dos requisitos; los afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 computan doble en algunas ocasiones¹⁷⁸. El matrimonio del hijo (o menor acogido), al suponer la emancipación, elimina la situación de dependencia imprescindible para considerar que se encuentra «a cargo» del progenitor o acogedor¹⁷⁹, por lo que no podría ser sujeto causante de una prestación familiar, ni ser computado como integrante de la unidad de convivencia¹⁸⁰.

La percepción de ingresos por parte del hijo o, en su caso, del menor acogido, puede provocar su exclusión del concepto de hijo a cargo, si bien se prevé explícitamente que se conserva la condición de hijo o menor acogido a cargo cuando los ingresos derivados de un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, no superan el 75% del SMI en cómputo anual¹⁸¹, siempre que se mantenga la convivencia con el beneficiario¹⁸². A pesar de alguna decisión judicial que parece inclinarse por otra interpretación¹⁸³, los ingresos de los hijos únicamente determinan si merecen o no la consideración de hijos a cargo, ya que no son ingresos computables para el límite de rentas, salvo, claro está, que ellos mismos sean, además de sujetos causantes, los beneficiarios (art. 182.2 *in fine* LGSS)¹⁸⁴.

En este sentido, la integración del beneficiario en una unidad económica no conlleva el cálculo conjunto de rentas, sino que el art. 182 LGSS atiende

¹⁷⁵ VIII.3.

¹⁷⁶ Vid. G.L. BARRIOS BAUDOR, *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 125 y ss.

¹⁷⁷ Vid. STS de 7-7-1999 (Ar. 6444).

¹⁷⁸ Art. 185 LGSS, art. 4.3 Ley 40/2003 y arts. 20.3 y 24.2 RD 1335/2005.

¹⁷⁹ Entre otras, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 22-2-2002 (JUR 55856/2003).

¹⁸⁰ En contra de esta interpretación, vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 180-181.

¹⁸¹ Vid. STS de 19-11-2003 (Ar. 505/2004), en la que se considera hijo a cargo al minusválido que presta servicios para un Centro Especial de Empleo a cambio de una retribución anual precisamente del 75% SMI.

¹⁸² Art.181.a) LGSS.

¹⁸³ Vid. STSJ de Cataluña de 10-3-1997 (AS 1061).

exclusivamente a las obtenidas por el propio beneficiario y, en su caso, por su cónyuge o pareja de hecho con la que conviva, siempre que se trate del otro progenitor o, en caso de acogimiento, de una de las «dos personas que formen una misma unidad familiar». El propio art.182.1.c) LGSS presume la convivencia entre cónyuges si no media separación judicial ni divorcio, no considerándose falta de convivencia la separación transitoria y circunstancial por motivos de trabajo u otros justificados (estudios, tratamiento médico, rehabilitación, etc.)¹⁸⁵, y añade que si la suma de los ingresos de ambos supera los límites legalmente establecidos, no se considerará beneficiario a ninguno de ellos¹⁸⁶.

Los ingresos o rentas computables siguen los mismos parámetros que en las pensiones no contributivas. El art. 14 RD 1335/2005 menciona los rendimientos de trabajo y «cualesquiera bienes y derechos de naturaleza prestacional» obtenidos en el año inmediatamente anterior a la solicitud. Los bienes muebles o inmuebles se valoran según sus rendimientos efectivos, o, en su defecto, de acuerdo con las normas del IRPF. Queda excluida la vivienda habitual, así como las prestaciones familiares¹⁸⁷. Los ingresos se computan en su importe total, sin deducciones¹⁸⁸, sean conceptos salariales o extrasalariales, a excepción de las meras compensaciones por gastos, que no constituyen un ingreso¹⁸⁹. El art. 14.1.a) RD 1335/2005 ha alterado la pacífica solución respecto de los rendimientos obtenidos en actividades por cuenta propia, ya que se computan en su valor neto, añadiendo el importe de las cotizaciones sociales¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, "Las prestaciones familiares por hijo a cargo", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1061-1062.

¹⁸⁵ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 26 y ss.

¹⁸⁶ Vid. J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, "Artículo 181", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 1642-1643. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 188-189; G.L. BARRIOS BAUDOR, "Artículo 181", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 956; M.A. PÉREZ ALONSO y J.J. MORRO LÓPEZ, *La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: Las prestaciones económicas por hijos a cargo*, Revista de Treball, nº 15, 1991, pp. 86 y ss.

¹⁸⁷ Vid. G.L. BARRIOS BAUDOR, *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 139 y ss.; P. MORGADO PANADERO y F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 96, 1998, pp. 29-30.

¹⁸⁸ Vid. SSTS 18-2-1994 (Ar. 2480) y de 10-12-2002 (Ar. 1950/2003).

¹⁸⁹ Vid. STS de 27-9-2000 (Ar. 9648).

¹⁹⁰ Vid. R.M. PÉREZ YÁÑEZ, *La nueva regulación de las prestaciones familiares en el RD 1335/2005, de 11 de noviembre*, RL, nº 2, 2006, p. 73 y ss.

En la prestación por hijo a cargo no se exige límite de recursos económicos cuando los hijos o menores acogidos que permitan causar la prestación tengan la condición de minusválido¹⁹¹, esto es, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 para los menores de edad, e igual o superior a 65 por 100 para los mayores de dieciocho años, a tenor de los arts. 181.a) y 182 bis.2 LGSS¹⁹². En consecuencia, el umbral de rentas en las prestaciones familiares no se configura como un mínimo vital, sino que está impregnado de un evidente propósito de protección a la familia, y especialmente a la infancia, en el marco del artículo 39 CE, que exige a los poderes públicos «la protección social, económica y jurídica de la familia».

En esa línea, sería deseable una equiparación completa del requisito de insuficiencia de recursos entre las prestaciones por hijos a cargo y las prestaciones por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos. Téngase en cuenta que la remisión del art. 185.2 LGSS no alcanza al art. 182.3 LGSS, por lo que, en principio, el límite de recursos en las prestaciones por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos resulta siempre de aplicación, aun en casos de hijos minusválidos¹⁹³. No obstante, el RD 1335/2005 parece salvar la dificultad, puesto que en su art. 19 remite a los apartados a), c) y d) del art. 10.1 de esa norma, y precisamente el art. 10.1.c) suprime el requisito de insuficiencia de recursos respecto de los hijos minusválidos. Si esa regulación se estima meramente aclaratoria y sistematizadora, y no *ultra vires*, tampoco se exigiría límite de recursos económicos para causar la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, aunque la minusvalía debería padecerla el nacido o adoptado; en cualquier caso, a efectos de esta prestación todos los hijos minusválidos computan doble (art. 20.3 RD 1335/2005).

5- Perspectivas de un futuro inmediato: la protección de las situaciones de dependencia

La culminación de la universalidad subjetiva en el Sistema español de Seguridad Social requeriría la instauración de una renta mínima para todos los residentes en estado de necesidad, o bien, más modestamente, el establecimiento de un seguro facultativo

¹⁹¹ Art. 182.3 LGSS para la prestación por hijo a cargo, y art. 185.2, por remisión al art. 182.3, LGSS respecto a la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos.

¹⁹² Vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pp. 194 y ss.

para quien no desarrolle una actividad profesional. Ninguna de esas medidas parece probable a corto plazo, a diferencia de un avance posible, previsible y compatible con el Sistema actual, y en cierta medida un remedio de sus carencias¹⁹⁴, como es el proyectado desarrollo de la protección de la dependencia, expresión de significados múltiples¹⁹⁵, pero que en todos ellos implica la necesidad de cuidados de larga duración para personas que no pueden valerse por sí mismas¹⁹⁶.

Las personas dependientes constituyen un colectivo específico que cabe distinguir del de «mayores» y del de «discapacitados»¹⁹⁷, y no se encuentran en esa situación necesariamente por su carencia de recursos¹⁹⁸, sino por la falta de aptitudes físicas o psíquicas para desenvolverse con normalidad en los quehaceres cotidianos¹⁹⁹. El número de personas dependientes ha ascendido exponencialmente en los últimos años debido a las mejoras en las condiciones de vida y trabajo y al progreso de la medicina, con el consecuente aumento de la esperanza de vida de la población²⁰⁰, pues

¹⁹³ Vid. B. GARCÍA ROMERO, *La protección familiar en el Sistema español de Seguridad Social*, AS, nº 14, 2000, pág. 76.

¹⁹⁴ Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, "Sujetos beneficiarios", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 222.

¹⁹⁵ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *Concepto y concepciones de la dependencia*, RL, nº 17 y 18, 2004, pp. 66 y ss.

¹⁹⁶ Vid. M. MERCAT-BRUNS, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, París, 2001, pág. 496.

¹⁹⁷ Vid. J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, "La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 849-851; S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 38 y ss.; J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 17 y ss.

¹⁹⁸ Vid. C. GALA VALLEJO, *Ideas y motivaciones para una política global de la tercera edad*, RSS, nº 15, 1982, pp. 246-247.

¹⁹⁹ El Anteproyecto de Ley de Dependencia define esta situación como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria» (art. 2.2). En Francia la Comisión Schopflin de 1991 ofreció una definición muy similar: «est dépendante une personne adulte qui dépend d'un tiers pour les actes élémentaires de la vie courante (s'habiller, faire sa toilette...) et qui est inapte à réaliser les tâches domestiques qui lui permettraient de vivre seule dans un logement ordinaire»; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pág. 173. En la doctrina, se ha estimado que «plus communément, les personnes âgées dépendantes sont celles dont l'incapacité physique ou mentale liée au vieillissement, les prive d'une existence autonome»; cfr. G. HUTEAU, *Sécurité Sociale et politiques sociales*, Tercera Edición, Dalloz, París, 2001, pág. 349. Por su parte, el art. 340 del *Code des assurances sociales* luxemburgués dispone que «est considéré comme dépendance au sens du présent livre, l'état d'une personne qui par suite d'une maladie physique, mentale ou psychique ou d'une déficience de même nature a un besoin important et régulier d'assistance d'une tierce personne pour les actes essentiels de la vie».

²⁰⁰ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, ««Derechos» y «garantías» del «sistema de protección social» de las personas mayores: relecturas constitucionales para nuevas realidades sociales», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 56; F. FERRERAS ALONSO, *La*

la «dependencia se vincula de forma preeminente al envejecimiento»²⁰¹, a la «cuarta edad»²⁰², como reconoce la Recomendación 98 (9) del Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁰³. El riesgo afectará principalmente a sujetos excluidos del campo de aplicación del Sistema (pensionistas de jubilación o incluso personas que nunca han realizado una actividad productiva), pero también a sujetos comprendidos, bien por encontrarse en alguna situación asimilada al alta, bien por realizar una actividad profesional compatible con su estado (como permite, por ejemplo, el art. 141.2 LGSS), bien por ser perceptores de una pensión no contributiva.

La atención a la dependencia parece convertirse en una evolución lógica de la protección familiar²⁰⁴, si se quiere una vuelta a los orígenes, pues el cuidado de los miembros de la familia que por circunstancias propias de edad o incapacidad no podían valerse por sí mismos ha sido tradicionalmente una responsabilidad natural del propio grupo familiar²⁰⁵. En el contexto actual, las transformaciones del modelo de familia dificultan que ésta pueda continuar desempeñando esa función²⁰⁶; la familia es un

reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis), Tribunal Social, nº 137, 2002, pp. 14 y ss.; J.I. GARCÍA NINET, *Carta abierta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales sobre la urgencia del seguro de dependencia*, Tribuna Social, nº 163, 2004, pp. 5-7; F. FERRERAS ALONSO, *Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa*, RL, Tomo I, 2001, pág. 408.

²⁰¹ Cfr. J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, «La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez», en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 834.

²⁰² Vid. G. HUTEAU, *Sécurité Sociale et politiques sociales*, Tercera Edición, Dalloz, Paris, 2001, pág. 349.

²⁰³ Adoptada el 18 de septiembre de 1998 en la 641ª reunión de los Delegados de Ministros; vid. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=496727&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>. El apartado I de su Apéndice deja claro que la dependencia puede afectar a cualquier sector de población, no sólo a las personas de edad avanzada, si bien reconoce que la dependencia tiende a incrementarse con la edad, aunque no sea el único criterio que determina ese estado. Sobre la progresiva concienciación en instancias comunitarias, vid. I. CODÓN BARRIGÓN, «Personas mayores y acción social en el Derecho Europeo», en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 357 y ss.

²⁰⁴ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 17 y ss.; J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 56 y ss.

²⁰⁵ El art. 68 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se ha encargado de recordar que los cónyuges «deben compartir [...] el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». Por su parte, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de intensificar las relaciones entre nietos y abuelos y favorecer jurídicamente la mayor implicación de los unos con los otros; para la consecución de ese objetivo quedan equiparados en ciertos aspectos a los parientes de primer grado, o, al menos, reciben la consideración, aunque sea ficticia, de integrantes del núcleo familiar.

²⁰⁶ Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 53; D. CASADO MARÍN y G. LÓPEZ I CASANOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación «la Caixa», Barcelona, 2001, pp. 68 y ss.; P. HENNESSY, *El creciente riesgo de la dependencia en la vejez: ¿qué papel aguara a las familias y a la Seguridad Social?*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1997, pp. 25 y ss.

concepto en constante evolución, que ya se ha alejado del modelo tradicional, pues hoy se encuentra mucho más atomizada, fruto del progreso socioeconómico y de una de las manifestaciones más significadas de éste, la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, que no supone una inversión de los roles, sino que el concepto de cabeza de familia deba entenderse en plural, referido a los dos miembros de la pareja, en la medida que ambos contribuyen indistintamente al sostenimiento del hogar tanto allegando recursos económicos como en tareas domésticas²⁰⁷. La atención a los dependientes por parte de miembros de su familia –que descansaba, y descansa, básicamente en las mujeres²⁰⁸- ha pasado a convertirse, en esa disyuntiva entre cuidar y conciliar²⁰⁹, en una necesidad imperiosa, una aspiración o deseo, más que en una realidad²¹⁰. La dificultad de compatibilizar la condición de trabajador con la dispensa cuidados permanentes a quien los necesita ha supuesto el desplazamiento de esas tareas de atención permanente hacia ámbitos profesionalizados, sea de forma temporal (centros de día o similares) sea de forma permanente.

Una protección adecuada de las situaciones de dependencia implica una dimensión integral, con múltiples facetas, la participación de los interesados²¹¹ y con todas las Administraciones Públicas involucradas²¹², superando la escisión –en perspectiva competencial- entre Asistencia Social y Seguridad Social en aras de una

²⁰⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social, maternidad y familia*, RL, nº 14, 2000, pág. 3.

²⁰⁸ Vid. M.V.L. BADGETT y N. FOLBRE, *¿Quién cuida de los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 118, nº 3, pp. 347 y ss.

²⁰⁹ Vid. E. ALONSO RODRIGO, M. SERRANO ARGÜESO y G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social*, RTSS (CEF), nº 261, 2004, pág. 9.

²¹⁰ Datos estadísticos en D. CASADO MARÍN y G. LÓPEZ I CASANOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2001, pp. 24 y ss.; G. RODRÍGUEZ CABRERO, *Protección social de la dependencia en España*, publicado en <http://www.fundacionalternativas.com/>, documento de trabajo 44/2004, pp. 9 y ss.; J. RIVERA SAGANTA, *El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar*, Foro de Seguridad Social, nº 5, 2001, pp. 35 y ss.

²¹¹ El RD 117/2005, de 4 de febrero, actualiza las reglas de composición y funcionamiento del Consejo Estatal de las Personas Mayores, entre cuyos fines, art. 2.1.a), se encuentran «formular propuestas sobre líneas estratégicas y prioridades de actuación de las políticas dirigidas a las personas mayores en el ámbito de la Administración General del Estado» y «participar en la elaboración y desarrollo de los servicios correspondientes a la situación de dependencia y de los distintos planes estatales relacionados con las personas mayores».

²¹² Vid. J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 852 y ss.; G.L. BARRIOS BAUDOR, *La «revisión» del Pacto de Toledo*, TL, nº 73, 2004, pp. 170-171; J. DELGADO RUIZ, *Reflexiones en torno al establecimiento del nuevo seguro de dependencia*, RGDTS (iustel), nº 7, www.iustel.com, pp. 8 y ss.

actuación transversal plenamente satisfactoria²¹³, y sin ignorar la eventual relevancia del aseguramiento privado²¹⁴. La Asistencia Social, los Servicios Sociales y el Sistema Nacional de Salud constituyen pilares básicos, pero se puede incidir desde otras vertientes, incluso con medidas de fomento del empleo²¹⁵, y, por supuesto, el Sistema de Seguridad Social cuenta también con su parcela de actuación²¹⁶.

La protección de las situaciones de dependencia goza de cierta tradición en Europa²¹⁷, hasta el punto de que «aparece actualmente como la estrella de la Seguridad Social futura a donde se encaminan las reformas, los estudios y las reivindicaciones en los Estados Miembros y en la propia Unión Europea»²¹⁸ -se menciona en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²¹⁹-, y tiene también plasmaciones en

²¹³ Vid. M. AZNAR LÓPEZ, *Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos*, Foro de Seguridad Social, nº 5, 2001, pp. 60 y ss.; S. BARCELÓN COBEDO y M.G. QUINTERO LIMA, *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 104 y ss.

²¹⁴ Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 66-69; M. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Seguro de dependencia: ¿qué interés tiene para el sector privado asegurador*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 153 y ss.

²¹⁵ El Programa de Fomento del Empleo para 2006, recogido en la DA 50ª Ley 30/2005, autoriza al Gobierno para extender las bonificaciones previstas en la Ley de Protección a las Familias Numerosas – Ley 40/2003- a las contrataciones de trabajadores dedicados al cuidado de personas dependientes y discapacitados en el hogar familiar (apartado Diez.2). Constituye una excepción, porque las medidas de fomento del empleo no se aplican con carácter general a las relaciones laborales de carácter especial [apartado Cinco.1.a)], y la relación jurídica de ese cuidador se articulará de ordinario a través de una relación laboral especial del servicio doméstico.

²¹⁶ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 42 y ss.; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Relaciones entre empleo y Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2002, pág. 119.

²¹⁷ Por ejemplo Alemania, donde se estableció en 1995. El art. 63 Ley portuguesa 32/2002, de 20 de diciembre, de Bases de Seguridad Social, menciona específicamente la protección a la dependencia en el ámbito material del subsistema de protección familiar, rama no contributiva equivalente a las prestaciones familiares del Sistema español. Extensamente sobre el ordenamiento alemán, vid. M. ROJAS CASTRO, *El seguro de cuidados alemán*, AS, nº 21, 2004, pp. 68 y ss.; del mismo autor, *Afiliación obligatoria al seguro de cuidados alemán de los pensionistas dobles, titulares de pensión de España y Alemania, residentes en España*, AS, nº 3, 2005, pp. 62 y ss.; U. KÖHL, *El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 189 y ss.; X. SCHEIL-ADLUNG, *Seguridad Social para las personas dependientes en Alemania y otros países: entre la tradición y la innovación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1995, pp. 21 y ss.; U. SCHNEIDER, *El Seguro de Asistencia de Larga Duración de Alemania: diseño, implementación y evaluación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 1999, pp. 37 y ss. Respecto de otros Estados, vid. N. KERSCHEN, *La dependencia como nuevo riesgo de la Seguridad Social: el ejemplo de la creación del Seguro de Dependencia en Luxemburgo*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 213 y ss.; F. KESSLER, *El cuidado de las personas dependientes en Francia: La reforma permanente sin solución*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 237 y ss.; M. MERCAT-BRUNS, *Vieillissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, París, 2001, pp. 520 y ss.; K. HELLSTEN, L. KALLIOMAA-PUHA, M. KOMU y M. SAKSLIN, *Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 259 y ss.; F. FERRERAS ALONSO, *La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)*, Tribunal Social, nº 137, 2002, pp. 18 y ss.

²¹⁸ Cfr. A. OJEDA AVILÉS, *La mejora y desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002, pág. 112.

²¹⁹ Vid. T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y B. SUÁREZ CORUJO, *La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida*

otros lugares del mundo²²⁰. La creación de un seguro de cuidados siguiendo el ejemplo alemán²²¹, esto es, un seguro social abierto únicamente a los trabajadores, no repercutirá en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, si esa contingencia se configura como una nueva prestación no contributiva, como sucede en Francia²²², no sólo quedaría afectada la acción protectora, sino también el ámbito subjetivo.

En España, no obstante, la atención a la dependencia se encuentra en estado embrionario, no porque sea un problema reciente -tiene su origen «en los cambios socioeconómicos y políticos operados a partir de los inicios de los setenta», que exigieron a los sistemas de protección social «dar respuestas y ofrecer protección ante situaciones anteriormente no planteadas»²²³- sino porque «lo realmente nuevo es la dimensión del problema»²²⁴; las CCAA han puesto en marcha, dentro de sus competencias en materia de Asistencia Social, fórmulas con ese propósito²²⁵, que si bien aún no han cristalizado a nivel estatal, se encuentran ya «en construcción»²²⁶.

por los sistemas de Seguridad Social, RMTAS, nº 57, 2005, pp. 471 y ss.; V. PÉREZ MENAYO, *Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 167 y ss.

²²⁰ Vid. G. RODRÍGUEZ CABRERO, *Protección social de la dependencia en España*, publicado en <http://www.fundacionalternativas.com/>, documento de trabajo 44/2004, pp. 31 y ss.; K. A. DUBIN, *La protección de la dependencia en los Estados Unidos*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 301 y ss.

²²¹ Vid. M. ROJAS CASTRO, *El seguro de cuidados alemán*, AS, nº 21, 2004, pp. 71-73; C. GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, «El Derecho Europeo y la Seguridad Social de las personas de edad», en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 537 y ss.

²²² La denominada *allocation personnalisée d'autonomie* fue instituida por la Ley nº 2001-647, de 20 de julio. Desde entonces, el art. L232-1 del Código de Acción Social y de las Familias (*Code de l'action sociale et des familles*) establece que «toute personne âgée résidant en France qui se trouve dans l'incapacité d'assumer les conséquences du manque ou de la perte d'autonomie liés à son état physique ou mental a droit à une allocation personnalisée d'autonomie permettant une prise en charge adaptée à ses besoins. Cette allocation, définie dans des conditions identiques sur l'ensemble du territoire national, est destinée aux personnes qui, nonobstant les soins qu'elles sont susceptibles de recevoir, ont besoin d'une aide pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou dont l'état nécessite une surveillance régulière».

²²³ Cfr. E. ROJO TORRECILLA, «Protección Social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)», en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 99.

²²⁴ Cfr. G. RODRÍGUEZ CABRERO, *Protección social de la dependencia en España*, publicado en <http://www.fundacionalternativas.com/>, documento de trabajo 44/2004, pág. 7.

²²⁵ Vid. Ley cántabra 6/2001, de 20 de noviembre; Orden de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana de 27-11-2002; Ley asturiana 1/2003, de 24 de febrero; y Ley madrileña 11/2003. Un análisis exhaustivo en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO y A.B. MUÑOZ RUIZ, *La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 121 y ss.

²²⁶ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, *La protección de la dependencia: un seguro social en construcción*, AS, nº 11, 2003, pp. 48 y ss.

El punto de partida en el ámbito público estatal²²⁷, al menos a nivel legislativo, puede situarse en la DA 14ª Ley 55/1999, que encomendaba al Gobierno la labor de elaborar y presentar ante las Cortes un «informe relativo al seguro de dependencia, con una propuesta de regulación, un marco fiscal que la incentive y las modificaciones normativas necesarias para que pueda ser una prestación realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras». Posteriormente, el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001, cuyo apartado VIII lleva por rúbrica, precisamente, «dependencia», advertía que la protección debía orientarse en «una triple dirección», que combinase por tanto las ayudas económicas y la asistencia sanitaria con el «desarrollo de un conjunto de servicios que complementen a las pensiones y a la asistencia sanitaria a través de múltiples programas que promocionan la convivencia y la integración social y familiar de las personas mayores dentro de un entorno más humano y participativo», en el marco de una panoplia de medidas que «exigirá del esfuerzo de todas las Administraciones, y del conjunto de la sociedad, y de respuestas imaginativas en los diversos órdenes que comportan la atención adecuada de las personas que requieren especiales cuidados y de aquéllas que las asistan».

Desde ese momento se inició un proceso de «análisis y debate social sobre cómo debe garantizarse la atención a la dependencia en nuestro país y el papel que ha de jugar el Sistema de Protección Social en su conjunto»²²⁸. Las Recomendaciones del Pacto de Toledo no hacían referencia a la dependencia, pero la Recomendación Adicional Tercera del Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las Recomendaciones de ese Pacto²²⁹, advierte que los cambios producidos en la estructura de la familia exigen «configurar un sistema integrado que aborde, desde la perspectiva de la globalidad, el fenómeno de la dependencia»²³⁰, añadiendo que en ese proceso de planificación, ordenación e

²²⁷ Se han desarrollado también fórmulas privadas de «autoprotección» de los mayores dependientes; vid. E. ALONSO RODRIGO, M. SERRANO ARGÜESO y G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social*, RTSS (CEF), nº 261, 2004, pp. 47 y ss.

²²⁸ Han sido frecuentes las ayudas para la puesta en marcha de acciones de protección de la dependencia. La Resolución de 14 de septiembre de 2005, de la Secretaría General Técnica del MTAS (BOE de 3 de octubre), da publicidad a los criterios de distribución de crédito para acciones de esa índole, distinguiendo varias situaciones en función del grado de dependencia, que deviene cualificada según el estado físico o psíquico del afectado (alzheimer, enfermedades crónicas evolutivas) y/o el lugar de residencia (zona rural).

²²⁹ BOCG (Congreso de los Diputados), nº 596, serie D, 2 de octubre de 2003.

²³⁰ Vid. M. CARDENAL CARRO, *El nuevo «Pacto de Toledo»*, AS, nº 13, 2003, pág. 15; G.L. BARRIOS BAUDOR, *La «revisión» del Pacto de Toledo*, TL, nº 73, 2004, pp. 170-171; J.A. PANIZO

instauración²³¹ ha de quedar «claramente definido el papel que ha de jugar el sistema de protección social en su conjunto»²³². Un Libro Blanco diseñó las líneas maestras sobre las que debía articularse la protección contra la dependencia²³³, y el 23 de diciembre de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas Dependientes, en el que se prevé la creación de un Sistema Nacional de Dependencia de implantación progresiva²³⁴.

El Sistema Nacional de Dependencia pretende devolver a la familia la responsabilidad principal en la atención de sus familiares dependientes, mediante el recurso, no ya a las obligaciones morales, sino a ayudas derivadas de la solidaridad social. En este sentido, el Sistema Nacional de Dependencia concedería al dependiente una prestación en especie, y a quienes de él se ocupan —el cuidador o cuidadores— un subsidio económico²³⁵, que el Anteproyecto de Ley de Dependencia, en su art. 17, condiciona al alta en el Sistema de Seguridad Social. La situación de necesidad que se trata de proteger no tiene una vinculación directa con las posibilidades económicas del beneficiario, y ni siquiera de su familia. La protección de la dependencia puede prescindir de una valoración de las disponibilidades del individuo, al menos de manera estricta²³⁶, puesto que la concesión de determinadas facilidades laborales y/o sociales al cuidador podría suponer mayor estímulo que una renta económica²³⁷; y ambas contrapartidas son perfectamente compatibles. La familia no habría de constituirse en el único recurso, ya que los cuidados pueden ser dispensados, asimismo, por profesionales,

ROBLES, *La nueva formulación del Pacto de Toledo: ¿la adaptación de la Seguridad Social a las nuevas realidades y demandas sociales?*, RTSS (CEF), nº 249, 2003, pp. 46-51.

²³¹ Vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pág. 171.

²³² Pág. 46 del Informe citado.

²³³ Vid. J. SÁEZ, *Nueva Ley de Dependencia, cuarto pilar del Estado del Bienestar. Un paso más en los derechos de todos*, Revista MUFACE, nº 197, pp. 6 y ss.

²³⁴ Las prestaciones se destinarán inicialmente a las personas en situación de gran dependencia, y alcanzarán paulatinamente a quienes se encuentren en situación de dependencia severa y moderada. El completo desarrollo del Sistema Nacional de Dependencia requerirá al menos ocho años desde su implantación, prevista para 2007. Las líneas maestras de este anteproyecto pueden consultarse en <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2005/Referencia+Consejo+231205.htm>.

²³⁵ Ello exigirá, por supuesto, una mayor atención a la figura del cuidador; vid. M. DALY, *El trabajo asistencial. En busca de seguridad*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 41 y ss.

²³⁶ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Presentación*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 3-4.

²³⁷ La preocupación no es nueva, y comenzó a desarrollarse, sobre todo, a partir de la Ley 39/1999. En este sentido, la excedencia con reserva de puesto de trabajo está prevista no sólo para el cumplimiento de un deber o ejercicio de un cargo público (excedencia forzosa) o para el cuidado de un hijo natural o adoptado o menor acogido, sino también «para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida» (art. 46.3 ET). La reserva de puesto de trabajo, la consiguiente asimilación al alta [DA 3ª, apartado b), RD 1251/2001] y la consideración del período en excedencia como cotizado (art. 180 LGSS) se convierten en destacados incentivos; en el debe

mediante el ingreso del dependiente en un centro público o privado adecuado a sus circunstancias²³⁸, o mediante la atención a domicilio, aunque cabe también la posibilidad de encomendar esa función a particulares, distintos de los familiares, que voluntariamente lo soliciten y que estén en situación de convertirse en familia de acogida²³⁹.

En definitiva, la atención a las situaciones de dependencia debe ser contemplada desde una perspectiva más amplia que la de su compatibilidad con el trabajo e, incluso, la de la obligación familiar, moral o jurídica según los casos, de atender las necesidades de los allegados. Los dependientes demandan en unas ocasiones recursos económicos; en otras asistencia para poder realizar actos cotidianos ante deficiencias psicofísicas producto de enfermedad, accidente o el mero transcurso del tiempo; y en ciertos supuestos simplemente compañía y afecto para huir de la soledad²⁴⁰.

del legislador hay que apuntar la ausencia de mecanismos que permitan generar ingresos sustitutivos del salario, lo que constituye un obstáculo que suscita reticencias de notable envergadura.

²³⁸ En sentido análogo, el art. 139.4 LGSS permite que en beneficio del gran inválido, y a petición suya o de sus representantes legales, se sustituya el incremento del 50 por 100 en su pensión «por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos». Este precepto, sin embargo, no se configura como un remedio, ni siquiera inespecífico o indirecto, frente a las situaciones de dependencia, como demuestra la STC 197/2003, de 30 de octubre, que consideró conforme al Texto Constitucional la imposibilidad de revisar el grado de incapacidad con posterioridad a los sesenta y cinco años para conseguir el reconocimiento de una gran invalidez; vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004, pp. 23 y ss.; J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 29 y ss.; M. AZNAR LÓPEZ, *Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos*, Foro de Seguridad Social, nº 5, 2001, pp. 53 y ss.

²³⁹ Vid. Decreto del Principado de Asturias 38/1999, de 8 de julio (BOPA 2 agosto 1999), por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores del Principado de Asturias. A tenor de su art. 1, el acogimiento familiar, de duración limitada o indefinida, «consiste en el alojamiento y cuidados familiares ordinarios a personas mayores que, careciendo de hogar adecuado a sus características, opten por vivir con un grupo familiar con el que no existiendo relación de parentesco, puedan obtener satisfacción a sus necesidades».

²⁴⁰ Sirva como ejemplo el de un profesor italiano de ochenta años, Giorgio Angelozzi, que en un anuncio de periódico pedía ser «adoptado como abuelo» a cambio de una aportación económica al patrimonio de la familia de acogida. La historia, con final feliz y repercusión en toda Europa, puede consultarse en http://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/GdM_cronache_NOTIZIA_01.asp?IDCategoria=1&IDNotizia=120527.

CAPÍTULO IX- LAS ZONAS DE FRONTERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La conjugación de los criterios de profesionalidad, territorialidad, nacionalidad y estado de necesidad no elimina los resquicios para la aparición de zonas grises, que en muchos casos provienen de un elemento ajeno al Sistema de Seguridad Social, como es el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. El nacimiento o no de una relación laboral es determinante para la incorporación al Sistema de Seguridad Social cuando se discute la presencia de las notas de voluntariedad y retribución, pues el trabajo obligatorio y el benévolo se encuentran por lo general excluidos; y consideraciones análogas podrían efectuarse respecto de las actividades formativas con prestación de servicios, porque la línea fronteriza entre formación y trabajo asalariado se ha difuminado en la práctica a consecuencia de la utilización abusiva de las becas. En otras ocasiones es el propio Sistema de Seguridad Social el que impone requisitos adicionales a la actividad que podrían propiciar la exclusión, como la mayoría de edad o la habitualidad en el trabajo autónomo, con repercusiones evidentes si entra en juego la presunción de trabajo familiar. La licitud de la actividad puede convertirse asimismo en elemento determinante del acceso; a salvo de norma expresa que así lo imponga, difícilmente se puede exigir a un mecanismo público como es la Seguridad Social que proteja actividades cuyo desarrollo contraría las exigencias legales e incluso atenta contra el orden público.

1- Formación y prácticas como actividades no protegidas

La formación, en sí misma, no constituye una actividad profesional, y por ello queda al margen del Sistema de Seguridad Social¹. Cuando el trabajador se obliga a prestar un servicio, pero no a cambio de retribución, al menos en sentido económico, sino que la compensación consiste en adquirir unas determinadas habilidades y competencias para el desempeño de una actividad profesional, no concurre el objeto del contrato de trabajo, ni tampoco su causa. Así se justifica que el desempeño de una

¹ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Trabajo formativo", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 55 y ss.

actividad de manera voluntaria y por cuenta y bajo dependencia ajena no genere derecho a salario, y, por consiguiente, no merezca la calificación de trabajo asalariado².

Pero en muchas ocasiones se busca enmascarar bajo la apariencia de actividad formativa un auténtico contrato de trabajo³, que, no se olvide, también puede estar investido con esa finalidad, pues hay modalidades específicas previstas para tales menesteres (art. 11 ET)⁴. La complejidad de encontrar un criterio distintivo, que justificó hace tres décadas una actuación normativa que calificaba como relación laboral las prácticas en empresa de estudiantes⁵, obliga a recurrir a la casuística, ante las numerosas y heterogéneas variedades de actividades formativas distintas al contrato de trabajo –sin perjuicio de que durante su vigencia también se puede adquirir formación-, todas ellas con diferencias entre sí, y a menudo sustancialmente idénticas en la práctica a la relación laboral.

La relación formativa de más difícil deslinde se constituye tras la concesión de una beca, expresión que en la actualidad designa realidades muy diversas, pero en las que concurre un propósito formativo evidente⁶. Cada beca establece sus propias condiciones, que determinan el peso de la formación teórica y su eventual alternancia con la práctica profesional, pero no es infrecuente que el becario efectúe materialmente una actividad equivalente a la de un trabajador asalariado, aunque sin la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a éste⁷. En algunos casos, las becas prevén expresamente la concertación de un seguro privado para cubrir los riesgos de accidente o enfermedad derivados de la actividad, pero no se produce el ingreso en el Sistema público de Seguridad Social.

² Quedaría excluido de esa noción en virtud del art. 1.3 g) ET.

³ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria*, RPS, nº 99, 1973, pp. 261; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, *Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario en una empresa*, RPS, nº 96, 1972, pp. 298 y ss.; G. FABREGAT MONFORT, *Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios*, AS, nº 11, 2001, pp. 62 y ss.; B. VILLALBA SALVADOR, *Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales*, AL, nº 11, 1998, pp. 195 y ss.

⁴ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *La relación laboral como ámbito de trabajo formativo*, REDT, nº 124, 2004, pp. 687 y ss.

⁵ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 36-45.

⁶ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, pp. 75 y ss.; J.L. GOÑI SEÍN, *La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas*, RL, Tomo II, 1986, pp. 408 y ss.; B. AHUMADA VILLALBA, *La beca de formación práctica con prestación de servicios*, RL, nº 2, 1999, pp. 68 y ss.; J. MORENO GENÉ, "Las becas y los contratos formativos: ¿Dos caras de una misma moneda?", en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, pp. 273 y ss.

⁷ Vid. SSTCT de 10-2 y 15-12-1979 (Ar. 870 y Ar. 7114), de 22-1-1986 (Ar. 333) y de 13-1-1989 (Ar. 566), entre otras.

Las diferencias entre la beca y el contrato asalariado no aparecen del todo nítidas, pues «tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una compensación económica, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones»⁸. Así se explica la alta litigiosidad que generan las becas, sobre todo las «becas con práctica profesional»⁹, y que ha obligado a los Tribunales a ofrecer ciertas pautas de diferenciación, prescindiendo de la denominación que las partes hayan dado a la relación que las une¹⁰, ya que «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son»¹¹, por lo que «es la realidad de la situación creada y no el *nomen iuris* lo que ha de determinar la naturaleza de la relación trabada»¹². Deben pues analizarse supuestos concretos, cada uno con sus propios caracteres, lo que dificulta la elaboración de una regla universal¹³. Conviene recordar que la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET no opera en los casos en que la beca presenta finalidad formativa y no se ha opuesto reparo u objeción a la tarea desempeñada¹⁴, y siempre, claro está, que los servicios se enmarquen en el tiempo de duración de la beca, pues si una vez concluida ésta continúa realizándose la actividad debería estimarse celebrado el contrato de trabajo¹⁵.

La prueba indiciaria es indispensable y la calificación como beca o relación laboral dependerá de circunstancias como la forma y cuantía de la contraprestación -son posibles becas de cuantía superior al SMI-, el horario de trabajo, la sujeción a un cierto control¹⁶ o disciplina etc¹⁷. Es un indicio de relación laboral la transformación de un puesto de trabajo en beca¹⁸, mientras que es indicio de beca el hecho de que la participación en las actividades formativas sea voluntaria¹⁹. La duración de la beca es

⁸ Cfr. STS de 13-6-1988 (Ar. 5270).

⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 128-131.

¹⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1996, pág. 40; J. JULLIOT, *La Sécurité Sociale*, La Villeguerin Editions, Paris, 1988, pág. 107.

¹¹ Vid. STS de 19-6-1995 (Ar. 5204).

¹² Vid. STCT de 12-5-1989 (Ar. 3297).

¹³ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 28-5-2003 (JUR 246407).

¹⁴ Vid. STS de 22-6-1988 (Ar. 6030) y SSTCT 22-10-1975 (Ar. 4505) y 7-3-1989 (Ar. 2180).

¹⁵ Vid. STCT de 19-2-1987 (Ar. 3601); en sentido contrario, vid. SSTCT de 16-1-1981 (Ar. 177) y de 9-4-1986 (Ar. 2295).

¹⁶ Vid. STCT de 29-10-1982 (Ar. 5813) y STSJ de Madrid de 26-9-2001 (AS 3986).

¹⁷ Vid. STS de 13-4-1989 (Ar. 2967) y SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 14-3-1996 (AS 468), de Cataluña de 3-10-2001 (AS. 888), de Asturias de 18-7-2003 (AS 4049) y de Canarias/Las Palmas de 18-3-2004 (sentencia nº 247/2004, recurso nº 1729/2003).

¹⁸ Vid. STSJ de Galicia de 23-12-1998 (Ar. 4823).

¹⁹ Y más si la cuantía de la contraprestación depende de la situación económica del preceptor; vid. STSJ de Cataluña de 30-10-2001 (AS 905).

otro indicio de trabajo productivo, sobre todo cuando esa extensión temporal no viene supeditada a la consecución de un determinado nivel formativo del becario, sino a la finalización de concretas tareas, de modo que quien concede la beca obtenga un determinado resultado²⁰. La distinción requiere un detenido análisis de las tareas encomendadas al becario, que deben ser comparadas con el contenido de la prestación laboral típica de un puesto de trabajo análogo. Si esta comparación arroja como resultado que el becario realiza unas funciones equivalentes a las de un trabajador asalariado, durante igual jornada que el resto del personal, sometido a las órdenes e instrucciones del empresario, sin la asistencia, ayuda, control o supervisión específica de un tutor²¹ y que la empresa incorpora a su patrimonio el resultado del esfuerzo del trabajador, habrá que estimar que existe relación laboral, aunque se haya ofrecido cierta formación²².

El criterio distintivo más firme, y que prevalece sobre otros indicios, es el que atiende a la obtención del beneficio principal²³. La beca debe orientarse «a posibilitar el estudio y formación del becario»²⁴ y, por consiguiente, el propósito de quien la concede debe consistir en ayudar a la formación del becario y no en beneficiarse de su actividad²⁵, sin perjuicio de que en ciertas ocasiones el becario pueda o deba colaborar en tareas propias de la institución becante, diferentes a aquéllas a las que en principio está dirigida la beca, lo que no desnaturaliza la relación formativa si falta el ánimo fraudulento²⁶. Por consiguiente, cuando el becario, más allá de la compensación y de los beneficios indirectos de la actividad (mejora de currículum, con aumento por tanto de posibilidades futuras de contratación), obtiene el mayor provecho de la relación (en términos de formación), habrá que estimar que las partes han estado unidas por una

²⁰ Vid. STSJ del País Vasco de 18-3-2003 (AS 2567) y de 9-2-1999 (AS 5618); la primera de ellas comentada por A. SELMA PEÑALVA, *Los becarios aparentes*, AS, nº 14, 2003, pp. 54 y ss.

²¹ La presencia del tutor es determinante para la diferencia en el fallo entre dos supuestos análogos conocidos por el mismo órgano jurisdiccional; vid. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19-10-1999 (AS 3724) y de 13-11-1998 (AS 4515). Un comentario a la primera de ellas en J.M. DE SOTO RIOJA, *Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?*, TL, nº 54, 2000, pp. 223 y ss.

²² Vid. STCT de 30-1-1989 (Ar. 489) y SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 15-6-1994 (AS 2397), de Castilla y León/Valladolid de 20-10-1992 (AS 5215), de Cataluña de 27-6-1996 (AS 3389), de la Comunidad Valenciana de 3-2-2000 (AS 2302) y de 15-11 y 11-12-2002 (JUR 267007 y AS 3268), de Galicia de 27-5-1994 (AS 2268), de Madrid de 10-4-2000 (AS 2371) y de 19-5 y 20-5-2003 (AS 3350 y 3423) y del País Vasco de 25-3-1997 (AS 1778).

²³ Vid. SSTSJ de Madrid de 24-2-2003 (AS 2257), de Asturias de 18-7-2003 (AS 4049) y de Canarias/Las Palmas de 18-3-2004 (AS 1168), entre otras.

²⁴ Cfr. STS de 13-6-1988 (Ar. 5270).

²⁵ Vid. SSTCT de 5-7-1988 (Ar. 4979) y de 18-4-1989 (Ar. 2871) y SSTSJ de Madrid de 5-6-2003 (AS 3525) y de Asturias de 7-6-2002 (AS 2282).

²⁶ Vid. STCT de 3-5-1989 (Ar. 3447).

beca; por el contrario, si el principal beneficiado de la actividad es quien concede la beca habrá contrato de trabajo²⁷. La beca no puede servir como pantalla para encubrir una relación laboral mal remunerada, aprovechándose de la necesidad real de los posibles perceptores²⁸. En consecuencia, cuando la concesión de la beca exige contar previamente con los conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad becada, sin que ese desempeño aporte perfeccionamiento o ampliación de tales conocimientos, desaparece la finalidad formativa, y se está en presencia de una actividad productiva protegida por el Sistema de Seguridad Social²⁹.

La doctrina judicial, sin embargo, suele adoptar perspectivas diferentes en función de la naturaleza pública o privada de quien concede la beca. Si el becante es una entidad pública, en unas ocasiones se aprecia de forma más laxa el propósito formativo³⁰, y en otras se prefiere el pragmatismo y se acude a «la denominación y, sobre todo, a la conducta observada por las partes en el desarrollo de las relaciones entre ellas convenidas»³¹. De este modo, el criterio del beneficio se ve modalizado hasta el punto de considerar como indicio de regularidad de la beca el respeto en su concesión a los requisitos de adopción de acuerdos y publicidad que debe cumplir la Administración Pública, así como el hecho de que los servicios desempeñados se ajusten a la convocatoria³².

No obstante, los supuestos abusivos en este ámbito son frecuentes, incluso en las becas concedidas por instituciones de enseñanza a sus propios alumnos³³. No habrá beca, sino relación de trabajo, cuando su objeto no guarde relación alguna con el

²⁷ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 246 y ss.; J.L. GOÑI SEÍN, *Las becas y el encubrimiento de contratos laborales*, REDT, nº 14, 1983, pp. 293 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 13 y ss.; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, DL, nº 66, 2001, pp. 68-70; B. AHUMADA VILLALBA, *La beca de formación práctica con prestación de servicios*, RL, nº 2, 1999, pág. 87; M.D. GARCÍA VALVERDE, *Naturaleza jurídica de la relación que une al «supuesto becario» con la universidad*, AS, nº 12, 2005, pp. 26 y ss.

²⁸ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 18-5-2001 (AS 2561), de Castilla-La Mancha de 28-5-2003 (JUR 246407), de Madrid de 29-9-1998 (Ar. 3369) y de 11-3 y 5-6-2003 (JUR 223743 y AS 3525) y de Murcia de 14-10-1999 (AS 6393) y de 19-4-2000 (JUR 94154).

²⁹ Vid. SSTSJ de Cataluña de 6-4-2000 (AS 2158) y del País Vasco de 9-2-1999 (AS 5618). La complejidad es tal que en un breve lapso temporal el mismo órgano jurisdiccional llega a soluciones diferentes en supuestos con ciertas similitudes (personal muy cualificado que presta servicios sin que la formación predomine), previo reconocimiento de que la casuística impide efectuar valoraciones generales; vid. SSTSJ de Cataluña de 28-1 y 15-2-1994 (AS 180 y AS 573).

³⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 4-9-1996 (3634).

³¹ Vid. STS de 22-6-1988 (Ar. 6030). Remitiéndose a ella para negar la contradicción, con lo que no tuvo lugar pronunciamiento sobre el fondo, vid. STS de 26-6-1995 (Ar. 5365).

³² Vid. SSTSJ de Extremadura de 5-11-1999 (AS 4720) y de 2-5-2000 (AS 2636) y de Andalucía/Málaga de 12-1-2001 (AS 1151).

³³ Vid. STSJ de Galicia de 15-2-1995 (AS 590).

desarrollo de la formación académica, y ello aunque en la convocatoria de la plaza se aluda al «becario-alumno»³⁴. Es necesario interconectar la actividad que desarrolla el becario con la finalidad de la institución educativa, pues habrá contrato de trabajo aunque se proporcione una formación siempre que esos conocimientos no guarden relación con los estudios que está desarrollando el becario³⁵. La correspondencia entre las tareas en las que consiste la beca y los estudios cursados tampoco es absolutamente determinante, porque habrá de considerarse como relación laboral la prestación de servicios enmarcada en una beca cuando en ausencia de becarios fuera menester contratar trabajadores asalariados para desempeñar esas tareas³⁶, o cuando el supuesto becario se limita a realizar los cometidos propios de la esfera de actividad de la entidad³⁷ y en todo caso cuando no concorra el propósito de perfeccionar o ampliar los conocimientos del becario; en suma, cuando mediante la beca se sustituye personal de administración y servicios, situación habitual en las llamadas becas de colaboración³⁸. En el caso de investigadores la ausencia de finalidad formativa es más evidente, y los tribunales suelen calificar el vínculo como laboral, y más si durante un tiempo considerable el becario ha efectuado cierto tipo de labores permanentes de la entidad, como las administrativas³⁹. En el mismo sentido, si quien recibe la beca no es quien debe adquirir los conocimientos, sino quien imparte docencia, habrá una actividad productiva susceptible de incorporación al Sistema⁴⁰.

Claro está, la situación varía cuando quien concede la beca es una institución no dedicada a la enseñanza, y fundamentalmente una empresa privada. El ordenamiento español no contempla la figura del becario posgraduado fuera del ámbito público –y tras el Estatuto del Personal Investigador en Formación parece que ya no caben las becas posdoctorales⁴¹, aunque de tal omisión normativa no se deriva necesariamente su ilicitud. Durante algún tiempo esas becas fueron utilizadas por las empresas como vías

³⁴ Vid. STCT de 14-10-1982 (Ar. 5400) y STSJ de Andalucía/Granada de 2-12-2004 (JUR 36939).

³⁵ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 14-3-1996 (AS 468) y de Madrid de 1-10-1998 (Ar. 3760) y de 2-2-2001 (AS 1246).

³⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 3-10-2001 (AS 888).

³⁷ Vid. STSJ de Madrid de 19-11-1998 (AS 4180).

³⁸ Vid. J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, *Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado*, RDS, nº 9, 2000, pp. 185 y ss. Las becas de colaboración se conceden en virtud de lo dispuesto por el art. 11.c) RD 2298/1983, en el marco del sistema de becas previsto por el art. 45 LO 6/2001.

³⁹ Vid. STSJ de Madrid de 26-10-2000 (Ar. 4322).

⁴⁰ Vid. STS de 24-5-1996 (Ar. 4490), SSTCT de 13-1-1979 (Ar. 49) y de 23-3-1984 (Ar. 2723) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 17-9-1998 (AS 3873).

⁴¹ DA 1ª RD 63/2006, de 27 de enero.

para captar personal cualificado⁴², al menos hasta la admisión del contrato en prácticas⁴³. La aparición de esa nueva modalidad de contrato de trabajo, de evidentes perfiles formativos, requiere un esfuerzo de deslinde con la beca, hasta el punto de desplazarla de forma prácticamente completa en ocasiones⁴⁴. No en vano, el contrato de trabajo en prácticas es la figura más adecuada para formalizar la relación que une a quien pone en práctica los conocimientos adquiridos en la institución educativa correspondiente y a quien los recibe a cambio de una contraprestación económica⁴⁵. Por ello, los tribunales son mucho más rigurosos con las becas concedidas por empresas privadas, aplicando el criterio del beneficio de manera más estricta, aunque en ocasiones se ha estimado que la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos es la mejor formación posible⁴⁶, o que el perfeccionamiento de los conocimientos pasa ineludiblemente por plasmar la teoría en un entorno real⁴⁷.

Las becas pueden convertirse en un eficaz instrumento de la política de empleo⁴⁸, cumpliendo el doble objetivo de proporcionar simultáneamente un ingreso económico y una formación⁴⁹, sin olvidar las intrincadas relaciones entre la protección por desempleo y la percepción de una beca⁵⁰. Como se sabe, los poderes públicos, en su

⁴² Vid. J.L. GOÑI SEÍN, *La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas*, RL, Tomo II, 1986, pp. 415-416.

⁴³ Vid. STCT de 14-10-1982 (Ar. 5400).

⁴⁴ Vid. SSTSJ del País Vasco de 26-3-1996 (AS 481) y de Madrid de 5-6-2003 (AS 3525).

⁴⁵ Vid. C. WILLMANN, *Le contrat de professionnalisation: un vrai contrat de formation en alternance*, Droit Social, nº 7-8, 2004, pp. 715 y ss.

⁴⁶ Vid. STSJ de Extremadura de 14-6-2001 (Ar. 248190).

⁴⁷ Como ha sucedido con los profesionales sanitarios o de investigación en laboratorios, conocidos como médicos-becarios; vid. SSTCT de 16-1-1981 (Ar. 177), de 25-6-1985 (Ar. 4197), de 19-6-1986 (Ar. 4651), de 26-1, 4-3 y 29-11-1988 (Ar. 801, Ar. 1970 y Ar. 7425).

⁴⁸ Vid. J. GARCÍA MURCIA, "El derecho a la promoción y la formación profesional en el trabajo", en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (arts. 19 a 25), Madrid, 1985, pp. 209 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, *Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España*, Revista de Trabajo, nº 66, 1982, pp. 10 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *El III Acuerdo Nacional de Formación Continua*, AS, nº 11, 2001, pp. 10 y ss.; J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores*, RPS, nº 121, 1971, pp. 123 y ss.

⁴⁹ Vid. STS de 13-6-1988 (Ar. 5270).

⁵⁰ La condición de becario se asimila al trabajo asalariado para poder disfrutar del subsidio por desempleo para emigrantes retornados, pero no a efectos de la prestación por desempleo; vid. SSTSJ de Murcia (dos) de 14-10-1999 (AS 3394 y AS 6393) y de Andalucía/Málaga de 18-5-2001 (AS 2561). El derecho al subsidio requiere certificación pública en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado, el período de ocupación cotizada, así como la ausencia de derecho a lucrarse con la prestación de desempleo en el país de procedencia; de lo contrario no podrá generarse o, en su caso, dejará de percibirse; vid. STSJ de Andalucía/Granada de 18-1-2000 (AS 1302), comentada por J.J. MORRO LÓPEZ, *Desempleo; nivel asistencial: subsidio en favor de trabajadores retornados*, AS, nº 7, 2000, pp. 46-49. En sentido contrario, entendiéndose que la condición de becario no habilita para acceder a ese subsidio, vid. STSJ de Galicia de 25-1-1999 (AS 41). Por otro lado, a pesar del art. 15.1 RD 625/1985, no puede predicarse la compatibilidad de las asignaciones económicas por desempleo con cualesquiera clases de becas, porque no puede asumir el compromiso de actividad quien a cambio de realizar una actividad formativa percibe

política de formación profesional, especialmente la ocupacional, conceden una singular importancia a las becas⁵¹; pero esas becas están institucionalizadas, con previsión normativa expresa, que contempla los derechos y obligaciones de las partes para evitar el fraude legal que supone disfrazar como beca un auténtico contrato de trabajo⁵². En este sentido, el art. 6 RD 631/1993 prevé ayudas y becas⁵³ para los desempleados insertos en el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP). La finalidad de ese Plan es la de proporcionar a los desempleados las «cualificaciones requeridas por el sistema productivo e insertarles laboralmente, cuando los mismos carezcan de formación profesional específica o su cualificación resulte insuficiente o inadecuada» (art. 1 RD 631/1993), en el marco de las políticas activas de empleo previstas por el art. 23 de la Ley de Empleo⁵⁴. Ese evidente propósito formativo excluye una finalidad productiva en las acciones que se realicen (el art. 4 de ese RD prevé prácticas en empresas o aulas-taller), y, por consiguiente, no constituyen una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social, al contrario que la docencia en estos cursos⁵⁵.

En el mismo sentido, no es infrecuente que determinadas empresas, normalmente las de más grandes dimensiones, organicen cursos de formación para su personal, o incluso abiertos a cualquier persona como una fase dentro de un proceso de selección. En ocasiones, los participantes reciben ciertas cantidades económicas a modo de beca⁵⁶. Este tipo de acciones se enmarcan a veces en el Plan FIP (art. 8 RD 631/1993), pero en cualquier caso no constituyen una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social, ya que su evidente propósito formativo impide considerarlas como

unos emolumentos en cuantía considerable. En consecuencia, las becas compatibles con la prestación o subsidio por desempleo son aquellas que persiguen completar la formación profesional u ocupacional del becario a cambio de una cantidad económica que, aunque pudiera superar la mera compensación de gastos, no desincentive la búsqueda o eventual aceptación de una colocación adecuada; vid. STS de 28-7-1995 (Ar. 6349) y SSTSJ de Cataluña de Aragón de 21-9-1989 (AS 8050), de 14-10-1993 (AS 4537), de Navarra de 24-2-1995 (AS 463) y de Madrid de 29-9-1998 (AS 3369). No obstante, hay sentencias que diferencian entre la prestación y el subsidio a esos efectos; vid. STSJ de Madrid de 24-5-1999 (AS 1965).

⁵¹ Vid. art. 9 LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

⁵² Vid. STSJ del País Vasco de 26-3-1996 (AS 481).

⁵³ Cuyos importes se recogen en la Orden de 13-4-1994, actualizados por la Orden TAS/466/2002, de 11 febrero.

⁵⁴ Ley 56/2003, de 16 de diciembre.

⁵⁵ Vid. J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 115.

⁵⁶ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 432-437.

contrato de trabajo, sin que ello vulnere el Derecho Comunitario aunque otros Estados Miembros dispensen protección en idénticos supuestos⁵⁷.

El art. 4.2 RD 631/1993, en el marco del Plan de FIP, advierte que «las prácticas en empresas, siempre que se realicen en base a los convenios celebrados entre la Administración laboral competente para gestionar las acciones del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional y la empresa o la Organización empresarial correspondiente, en los términos pactados en los mismos, no supondrán la existencia de relación laboral entre los alumnos y la empresa». De este modo, si la actividad está bajo la cobertura de un plan de formación, aunque se deba respetar un horario, se puedan imponer medidas disciplinarias como la amonestación verbal en caso de ausencia y sea necesario llegar a unos resultados satisfactorios (exigencia razonable por la necesidad de obtener una evaluación final positiva que justifique el certificado de profesionalidad), no existirá relación laboral, sino actividad formativa excluida del Sistema.

En este contexto, la formación en alternancia, combinando teoría y práctica, es también el objetivo del programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios, que aparecieron en 1985 con el propósito de combatir el desempleo, y se dirigen a jóvenes desempleados menores de veinticinco años⁵⁸. El régimen jurídico está contenido en la Orden de 14-11-2001, cuyo art. 1 define esas Escuelas Taller y Casas de Oficios como «un programa mixto de empleo y formación que tiene como objetivo mejorar la ocupabilidad de jóvenes desempleados menores de veinticinco años, con la finalidad de facilitar su inserción laboral». Las actividades a realizar consisten en obras o servicios de utilidad pública o de interés social que tienen lugar en dos etapas, una primera de formación y otra segunda de alternancia entre formación teórica y práctica profesional (arts. 3 y 4 de la Orden de 14-11-2001)⁵⁹.

En la segunda de esas etapas, en la que se combinan teoría y práctica, el art. 6 de esa Orden de 14-11-2001 exige expresamente la formalización de la relación mediante un contrato de trabajo⁶⁰, concretamente un contrato para la formación⁶¹, lo que supone,

⁵⁷ Vid. STJCE Kristiansen (de 4-12-2003, asunto C-92/02).

⁵⁸ Con carácter general, vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *El contrato de formación y la relación en alternancia: viejas soluciones a nuevos problemas*, RTSS (CEF), nº 201, 1999, pp. 44 y ss.

⁵⁹ Vid. E. SÁNCHEZ TORRES, *El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?*, REDT, nº 110, 2002, pp. 273 y ss.; R. MARTÍN JIMÉNEZ, *La prestación de servicios en las escuelas taller: convenio aplicable y extinción del contrato*, AS, nº 10, 2003, pp. 25 y ss.

⁶⁰ Descarta la calificación como arrendamiento de servicios la STSJ de Murcia de 30-10-2002 (JUR 285744).

⁶¹ Sobre duración del contrato, vid. SSTSJ (dos) de Asturias de 10-1-2003 (AS 1563 y JUR 108584); convenio colectivo aplicable, vid. SSTSJ de Galicia de 28-12-2002 (AS 1746) y de 7-3-1998 (AS 1019),

a efectos de Seguridad Social, que es una actividad protegida por el Sistema, si bien con limitaciones importantes en la acción protectora⁶². Por el contrario, en la primera de esas fases, «netamente de formación profesional ocupacional», el vínculo tiene otra naturaleza⁶³. Si el desempleado fuera perceptor de una prestación o subsidio por desempleo estaría en situación asimilada a la de alta, situación en la que continúa tras el agotamiento de esa prestación o subsidio en tanto se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo⁶⁴. Cuando el alumno desarrolle al mismo tiempo una actividad por cuenta ajena o propia, quedará comprendido por ella en el campo de aplicación del Sistema, siempre que cumpla los requisitos pertinentes.

En cambio, la actividad de formación desarrollada durante esa primera etapa en las Escuelas Taller y Casas de Oficio no se encuentra protegida por el Sistema de Seguridad Social. El art. 5.2 de la Orden de 14-11-2001 concede a los alumnos el derecho a una beca durante esa primera etapa, beca incompatible en su caso con la percepción de la prestación o subsidio por desempleo. No hay posibilidad de opción, sino que se continúa percibiendo la prestación o subsidio hasta su duración máxima y, tras su extinción, comienza el disfrute de la beca. La cuantía de esa beca se recoge en el art. 17 de la misma Orden, y asciende a 6,01 euros por día lectivo al que el alumno asista, lo que supone una mera compensación por gastos. Por consiguiente, durante esa etapa inicial en las Escuelas Taller y Casas de Oficios la actividad que realiza el alumno -recibir formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar⁶⁵- no se configura como una relación laboral, sino que nace un vínculo administrativo⁶⁶ que no disfruta de la protección del Sistema de Seguridad Social⁶⁷. La protección frente a los accidentes derivados de la actividad, prevista en el art. 6 RD 631/1993⁶⁸, debe formalizarse con una entidad privada y no a través del Sistema público⁶⁹.

Las Escuelas Taller y Casas de Oficios se dirigen a mejorar la ocupabilidad de los desempleados menores de veinticinco años, fundamentalmente de aquéllos con mayores dificultades de inserción. Para quienes hayan cumplido ya esa edad, el RD

de Aragón de 3-6-1998 (AS 2517), del País Vasco de 8-10-1996 (AS 3708), de Castilla y León/Valladolid de 17-9-1996 (AS 2830); tiempo de trabajo, vid. STSJ de Madrid de 21-10-2002 (AS 4133).

⁶² Art. 11.2.i) ET y arts. 13 a 16 RD 488/1998.

⁶³ Cfr. SSTSJ de Andalucía/Granada de 26-2 y 11-3-2003 (AS 1153 y AS 2142).

⁶⁴ Art. 125 LGSS y art. 36 RD 84/1996.

⁶⁵ Art. 5.1 de la Orden de 14-11-2001.

⁶⁶ Vid. STSJ de Extremadura de 9-3-1994 (AS 1024).

⁶⁷ Vid. STS de 7-7-1998 (Ar. 6161).

⁶⁸ Vid. SAP de Palencia de 12-7-1999 (AC 7354).

⁶⁹ Vid. STSJ de Canarias, de 25-2-1999 (AS 721).

282/1999, de 22 de febrero, establece el programa de Talleres de Empleo, que consiste asimismo en fórmulas mixtas de trabajo y formación mediante la realización de obras o servicios de utilidad pública o interés social. En estos Talleres de Empleo no hay distinción entre fases, sino que desde su inicio se prevé la alternancia entre formación teórica y práctica profesional, y por ello se establece la obligación de formalizar la relación mediante contrato de trabajo para la formación, con la consecuente incorporación al Sistema de Seguridad Social⁷⁰.

La alternancia entre formación teórica y práctica profesional tiene lugar, aunque con una significación diferente, en la realización de determinados estudios, que incluyen, como una asignatura más en ocasiones y como complemento en otras⁷¹, las conocidas como prácticas en empresa, en cuya virtud el alumno tiene ocasión de aplicar los conocimientos teóricos que está adquiriendo en un entorno productivo real. El art. 6.4 LO 5/2002 reconoce expresamente la importancia de esta clase de actividades, y a tal efecto dispone que «la formación favorecerá la realización de prácticas profesionales de los alumnos en empresas y otras entidades». El mismo precepto aclara que «dichas prácticas no tendrán carácter laboral»⁷² -sin perjuicio de supuestos fraudulentos, porque en ningún caso esta vía debería permitir la cobertura de puestos estructurales mediante el recurso al trabajo productivo de los estudiantes-, pues ni su finalidad, ni las condiciones de desempeño, ni el nivel de exigencia son equiparables⁷³, y por ello no pueden ser objeto de contrato formativo (DA 1ª RD 388/1988)⁷⁴. La actividad como tal está excluida del Sistema de Seguridad Social⁷⁵, pero eventualmente tendrá cobertura frente a accidentes en el marco del Régimen Especial de Estudiantes⁷⁶ si el alumno cumple los pertinentes requisitos⁷⁷.

⁷⁰ Aunque el art. 3 RD 282/1999 remite genéricamente a la modalidad contractual más adecuada, el art. 3.3 de la Orden de 14-11-2001 (aunque de la misma fecha, no es la misma norma que regula las Escuelas Taller y Casas de Oficios) alude específicamente al contrato para la formación.

⁷¹ El art. 9.2.5 RD 1497/1987, de 27 noviembre, permite que los planes de estudios de las universidades valoren como créditos del currículum las prácticas en empresas

⁷² Lo que reitera el art. 6 RD 362/2004, de 5 de marzo.

⁷³ Vid. STCT de 1-9-1983 (Ar. 7310).

⁷⁴ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Trabajo formativo", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 71-73.

⁷⁵ Vid. STSJ de Aragón de 18-3-2002 (AS 1346).

⁷⁶ Vid. Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 15 febrero 1973 (BO del Ministerio de Trabajo de 30 de abril) [RCL 1973, 1700].

⁷⁷ En otros países se opta por una solución diferente. El art. 9.1.h) del Decreto brasileño nº 3.048, de 6 de mayo de 1999, declara comprendido en la previsión social «o bolsista e o estagiário que prestam serviços a empresa». Las prácticas en empresa de alumnos de enseñanzas oficiales, en los términos de la Ley brasileña nº 6.494, de 7 de diciembre de 1977, constituyen una actividad protegida. En el marco de la protección de las actividades formativas conviene mencionar el art. 4.f) de la Ley cubana 24-1979, de

Como se vio, la formación profesional inicial o reglada está protegida por el Sistema por la vía del Régimen Especial de Estudiantes⁷⁸; en cambio, no se ha dispensado igual trato a los denominados programas de garantía social previstos por el art. 23.2 LOGSE, porque se equiparan con la enseñanza obligatoria al ser un sustitutivo de ésta⁷⁹. Dichos programas están destinados a los alumnos que no alcancen los objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria, con el fin de «proporcionarles una formación básica y profesional que les permita incorporarse a la vida activa o proseguir sus estudios en las distintas enseñanzas reguladas en esta ley y, especialmente, en la formación profesional específica de grado medio». Los programas de garantía social contemplan habitualmente la realización de prácticas en empresa⁸⁰ o de «trabajo productivo»⁸¹, que no constituyen una actividad protegida por el Sistema salvo que se plasmen en un contrato para la formación, muy frecuente en la modalidad Formación-Empleo⁸².

Entre otra serie de medidas, la reforma del sistema educativo implica la desaparición a corto o medio plazo de los programas de garantía social, que habrán de ser reemplazados por los programas de iniciación profesional, regulados por el art. 27 LO 10/2002 y cuya finalidad es similar a la de los programas de garantía social. El RD 1318/2004, de 28 de mayo, ha demorado la aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, por lo que los programas de iniciación profesional no se implantarán

Seguridad Social, que declara comprendidos en el Sistema a los «trabajadores que reciben una subvención económica por realizar estudios de nivel superior o por encontrarse acogidos a planes de capacitación, autorizados por sus respectivos centros de trabajo».

⁷⁸ VII.3.

⁷⁹ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, «Trabajo formativo», en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 74-75.

⁸⁰ A modo de ejemplo, pues son las CCAA quienes establecen estos programas de garantía social, vid. art. 6.2 de la Orden 1207/2000, de 19 de abril, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, por la que se regulan los programas de Garantía Social en esa Comunidad; art. 6 Decreto 72/2001, de 24 de abril, del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del País Vasco; art. 5.3 Decreto 123/2002, de 16 de abril, del Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Cataluña.

⁸¹ Vid. art. 5.4 de la Orden de 12-1-1993, por la que se establecen Programas de Garantía Social durante el período de implantación anticipada del segundo ciclo. El art. 7.2 de esa norma advierte que el trabajo productivo, de realizarse, forma parte del programa formativo.

⁸² El art. 17.b).4 Orden ECI/1629/2005, de 20 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para el desarrollo de programas de Garantía Social, a iniciar durante el curso 2005/2006, en las modalidades de Iniciación Profesional, Formación-Empleo, Talleres Profesionales y para Alumnos con necesidades educativas especiales, establece que en la segunda fase de la modalidad formación-empelo «los alumnos serán contratados, preferentemente, mediante el contrato para la formación». Los programas de garantía social en el ámbito autonómico se mueven en idénticas coordenadas; vid. art. 5.C).4 de la Orden de 17-9-2002 de la Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de Extremadura; art. 9 de la Orden de 22-4-2002 de la Consejería de Educación y Cultura de las Islas Baleares; art. 10 Orden de 20-6-2001 de la Consejería de Educación y Cultura de Castilla-La

hasta el año académico 2006-2007. La diferente denominación no propiciará, seguramente, novedades relevantes en cuanto a la función y estructura de los programas, por lo que no parece demasiado arriesgado afirmar que las prácticas o trabajos que bajo su manto se puedan desarrollar no constituirán una actividad susceptible de incardinación en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de la eventual celebración de un contrato para la formación⁸³.

En el contexto universitario cabe destacar el RD 1497/1981, de 19 junio, cuyo art. 1 permite a las universidades establecer Programas de Cooperación Educativa con empresas a fin de que los alumnos realicen prácticas en las mismas, que han de ser compatibles con la continuación de los estudios⁸⁴. El alumno deberá cumplir las tareas encomendadas en el horario fijado por la empresa, pero se prevé la figura de un tutor (art. 5), componente casi indispensable en todas estas modalidades formativas. El alumno en prácticas podría tener derecho también a una compensación económica (art. 6), que no se convierte en una auténtica retribución por el mayor peso del componente formativo. Así lo advierte el art. 7 de ese RD 1497/1981, que excluye explícitamente el carácter laboral de la relación a todos los efectos, de modo que el tiempo de actividad no podría computarse como antigüedad ni eximiría de un posterior período de prueba. En consecuencia, no cabría incorporación al Sistema de Seguridad Social por esa actividad, si bien el alumno, de no haber rebasado los veintiocho años, debería estar incorporado al Sistema en su condición de estudiante universitario⁸⁵.

La aplicación del RD 1497/1981 se supedita a que la relación entre el alumno y la empresa se enmarque dentro de un programa de cooperación educativa, de modo que ha de suscribirse un acuerdo entre la empresa y la institución universitaria correspondiente. De lo contrario, podría estimarse que no se está llevando a cabo una práctica formativa, sino la prestación laboral propia de un auténtico contrato de trabajo, con las consecuencias pertinentes en materia laboral y de Seguridad Social⁸⁶. Se requiere de nuevo un análisis casuístico, y habrá beca y no contrato cuando del resto de

Mancha; Resolución de 29-5-2000 de la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias; art. 3.b) Orden de 17-2-1998 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Canarias.

⁸³ Vid. Orden 1905/2004, de 21 de mayo, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, que regula la Ordenación Académica y la Organización de los Programas de Iniciación Profesional.

⁸⁴ El art. 3 de ese RD 1497/1981 así lo prevé, al considerar que «los Programas habrán de ser elaborados de forma que aseguren una dedicación a los estudios y actividades en las Empresas con una duración que no exceda del 50 por 100 del tiempo íntegro que constituye el curso académico».

⁸⁵ VII.3.

⁸⁶ Vid. STS de 20-6-1995 (Ar. 5043) y STSJ de Madrid de 14-10-1994 (AS 4103).

elementos presentes pueda inferirse razonablemente que existe relación entre el centro educativo y la empresa para desarrollar esas prácticas formativas⁸⁷;

Diferente es el tratamiento legal de los médicos internos residentes, pues aunque alternan formación teórica con práctica profesional, el mayor peso de esta última ha llevado al legislador, y previamente a la jurisprudencia⁸⁸, a considerar que el mayor beneficio de la actividad lo obtiene la institución que recibe los servicios, y por ello el vínculo entre el servicio de salud o centro y el residente se configura como una auténtica relación laboral [art. 20.3.f) Ley 44/2003]⁸⁹. La DA 1ª de la Ley 44/2003, en su punto 3, califica asimismo como relación laboral especial la formación, a través de residencia, destinada a obtener el Diploma de Área de Capacitación Específica⁹⁰. El propósito formativo no se impone en estos casos al carácter productivo de la actividad y al beneficio que de ella obtiene quien recibe la prestación de servicios, y de ahí la calificación como relación laboral. En materia de Seguridad Social la consecuencia es obligada, y la opción por la laboralidad conlleva la incorporación al campo de aplicación del Sistema.

Por último, conviene efectuar una breve referencia al «intercambio de servicios como fórmula para el cambio de trabajo por formación vía trabajo formativo»⁹¹, que aunque no ha sido objeto de tratamiento legal, sí ha alcanzado plasmaciones prácticas notables, en especial la pasantía⁹², como período formativo bajo la «tutela» de un profesional asentado que es conveniente realizar con carácter previo al ejercicio de la abogacía⁹³. Los paralelismos con la relación laboral, sobre todo con el contrato en

⁸⁷ «A falta de norma reglamentaria de desarrollo que regule específicamente estos supuestos, es criterio de este Centro Directivo considerar que la acción protectora del Régimen Especial del Seguro Escolar se extiende exclusivamente a la realización de prácticas que formen parte del Plan de Estudios o sean obligatorias para la obtención del correspondiente título oficial. En otro caso, aun siendo organizadas o estando tuteladas o autorizadas por los centros docentes, deben quedar excluidas del mencionado Seguro»; cfr. Resolución de la DGOSS de 17-12-1997, publicada en Tribuna Social, nº 88, 1998, pág. 83.

⁸⁸ Vid. SSTS de 8-6-2001 (Ar. 5505), de 15-2-1999 (Ar. 1800) y de 31-7-1991 (Ar. 6413).

⁸⁹ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el «trabajo formativo»*, TL, nº 74, 2004, pp. 23 y ss.; J.M. GOERLICH PESET, *Los médicos residentes: un supuesto «especial» de contrato de trabajo en prácticas*, REDT, nº 45, 1991, pp. 51 y ss.

⁹⁰ Arts. 20, 25 y DA1ª Ley 44/2003.

⁹¹ Cfr. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, «Trabajo formativo», en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pág. 70.

⁹² La licitud de la utilización de esta figura, generalmente asumida, podría replantearse a partir de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, que en su DA 1ª recuerda la posibilidad de celebrar contratos de trabajo en prácticas en el ámbito de los despachos de abogados, pensando indudablemente en esta clase de situaciones.

⁹³ La práctica demuestra que la pasantía se ha ido transformando en relaciones de colaboración de abogados en despachos de otros abogados. Esta colaboración, en la que al menos formalmente no aparece

prácticas, son evidentes, por la ajenidad, dependencia y voluntariedad con que se prestan los servicios, y la ausencia de salario puede implicar únicamente el incumplimiento de la pertinente obligación retributiva⁹⁴. La calificación exige analizar las tareas y responsabilidades del pasante, pues no puede merecer idéntica respuesta la situación de quien se limita a labores de tramitación, gestión y/o elaboración de informes bajo la continua supervisión de otro, que la de quien bajo la apariencia de pasante asume de forma prácticamente autónoma –aunque siempre sometido a órdenes e instrucciones- una parte identificable de la actividad⁹⁵. A la postre, el tiempo destinado a la formación, la especialización de la materia y la perpetuación en idénticas funciones se convierten en factores decisivos, porque la permanente dedicación a la misma actividad, con repetición de tareas, es muestra de la finalización del período de aprendizaje y de la realización de un verdadero trabajo productivo⁹⁶.

2- El trabajo marginal: actividad al límite de la exclusión

El ingreso en el Sistema de Seguridad Social está supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos, de lo que se infiere que su ámbito subjetivo no alcanza a la totalidad de la población. Desde la perspectiva de la modalidad contributiva, permanecerán al margen del Sistema quienes no desarrollen una de las actividades

el ingrediente formativo, tiene consecuencias en materia de Seguridad Social, ya que procederá la exclusión del Sistema en defecto de habitualidad –el ánimo de lucro se presupone- y será obligatoria la incorporación como trabajador autónomo cuando ésta concurra (aunque se podría optar por la Mutualidad de la Abogacía que actúa como alternativa), sin perjuicio de que en atención a las circunstancias la relación pueda –y deba- calificarse como laboral. No en vano, la DA 1ª Ley 22/2005, de 18 de noviembre (interpretada por la Resolución de 21 de noviembre de 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, publicada en el BOE de 23 de noviembre de ese año), ha calificado como relación laboral especial «la actividad profesional de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo», con plenos efectos en materia de Seguridad Social desde el 1 de febrero de 2006. Por su parte, el art. 27.4 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio, aclara que «la abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad»; vid. F. DURÁN LÓPEZ, *Ejercicio de la abogacía y relación laboral*, RL, Tomo II, 2002, pp. 1402 y ss.; M.A. GARCÍA RUBIO, *Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados*, RTSS, nº 21, 1996, pp. 107 y ss.

⁹⁴ Vid. STCT de 11-7-1977 (Ar. 4114), comentada por S. GONZÁLEZ ORTEGA, RPS, nº 120, 1978, pp. 309 y ss.

⁹⁵ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 27-28; J. LÓPEZ GANDÍA, *Relaciones de «beca» y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Derecho Privado, 1981, pp. 509 y ss.

⁹⁶ Vid. STS de 23-1-1990 (Ar. 197) y SSTSJ de Galicia de 22-12-2004 (AS 3792), de Valencia de 17-5-2002 (AS 2403/2003), de Cataluña de 28-6-1999 (AS 2431), de Madrid de 22-5-1997 (AS 4696) y de Aragón de 15-1-1992 (AS 193).

protegidas, como por ejemplo los demandantes de primer empleo o las personas dedicadas al cuidado de su propio hogar, ya que los riesgos sociales que pueden actualizarse en tales situaciones presentan un carácter secundario para los mecanismos de protección social de base contributiva. Pero la exigencia de profesionalidad puede contar con mayor significación, ya que, en ocasiones, no es suficiente el mero ejercicio de una actividad de las mencionadas en el art. 7 LGSS⁹⁷; esa actividad debe desarrollarse de forma habitual y con ánimo de lucro, circunstancias que se convierten en indicadores de profesionalidad. De lo contrario, el propio Sistema ofrece ciertas vías de huida, aunque de forma un tanto asistemática, pues en la LGSS «se entremezclan criterios de Sistema, de Régimen y viceversa»⁹⁸.

Una de esas válvulas de escape se encuentra en el apartado 6 del art. 7 LGSS, que faculta al Gobierno, a propuesta del MTAS, y oídos los sindicatos más representativos o el colegio oficial correspondiente, para excluir del Sistema, a instancia de los interesados, «a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida»⁹⁹. Esta posibilidad se contemplaba ya en el art. 62.3 del Texto Articulado de 1966 -y en el art. 2.2 de la aún vigente Orden de 28 de diciembre de 1966- si bien limitada al Régimen General. La LGSS 1974 mantuvo el precepto, pero varió su ubicación sistemática, que a partir de entonces pasaría a ser el apartado 5 del art. 7 LGSS 1974. De este modo, la exclusión, de producirse, ya no afectaba meramente al Régimen General, sino a todo el Sistema de Seguridad Social.

En el contexto actual, el art. 7.6 LGSS matiza el alcance del art. 7.1. a) LGSS, precepto que declara comprendidos en el Sistema a los trabajadores por cuenta ajena con independencia «de la forma y cuantía de la remuneración que perciban», resultando también indiferente, en principio, la jornada de trabajo. El art. 7.6 LGSS supone una excepción, es claro, aunque no de carácter general, o referida a todo supuesto de trabajo marginal, sino en términos muy concretos. El trabajo asalariado, aunque marginal, está

⁹⁷ El Sistema español no reconoce una facultad como la prevista en el art. 4.c) de la Ley nº 17 de 22 de octubre de 1943, constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, que admite la exclusión de los «trabajadores que a juicio de la Junta Directiva (de la Caja Costarricense) no deban figurar en el seguro obligatorio».

⁹⁸ Cfr. J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 7", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 141.

⁹⁹ La vigencia de este precepto suscitaba dudas antes del Texto Refundido de 1994, pero la nueva LGSS lo mantuvo esencialmente inalterado, con lo que su aplicación, por más que excepcional, sigue siendo posible; vid. A. CUBAS MORALES, *¿Continúa vigente el artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social?*, RTSS, nº 11, 1993, pp. 175 y ss.

protegido por el Sistema¹⁰⁰, y la posibilidad de exclusión ha de interpretarse restrictivamente, por más que en algún momento el TS haya entendido que el trabajo marginal por cuenta ajena carece de la entidad suficiente para ser tomado en consideración por la Seguridad Social¹⁰¹.

El art. 7.6 LGSS no opera de forma automática, ni constituye una habilitación en blanco al Ejecutivo, pues quien realice un trabajo por cuenta ajena que no pueda ser calificado como amistoso, benévolo o de buena vecindad, está incluido en el campo de aplicación del Sistema¹⁰². Es más, el hecho de que un sujeto efectúe dos o más

¹⁰⁰ La inclusión del trabajo marginal en el Sistema de Seguridad Social no es regla general en derecho comparado. El ordenamiento francés ha adoptado la misma solución que el español, así como han hecho, por mimetismo, los países influenciados por él. De este modo, el art. 2 *Dahir* marroquí que contiene la Ley n° 1-72-184, de 27 de julio de 1972, declara comprendidos en el Sistema a todos los trabajadores, aunque prevé una modalización de la acción protectora para quienes presten servicios por un tiempo inferior a las diez horas semanales. Por el contrario, otros Estados han adoptado fórmulas más restrictivas, como sucede en Alemania, que excluye del seguro social a quienes presten servicios durante menos de quince horas a la semana por un salario inferior a 325 euros al mes («Ley de los 620 marcos») y a quienes presten servicios con un contrato inferior a dos meses o a cincuenta días laborables. Los límites de ingresos para el acceso a las prestaciones determinan la exclusión de los trabajadores marginales en Gran Bretaña o en Austria. En Bulgaria, el art. 4 del Código de Seguro Social de 29 de julio de 2003 excluye de la protección por maternidad e IT por contingencias comunes a los trabajadores contratados por menos de cinco días o cuarenta horas al mes. La *Social Welfare (Subsidiary Employments) Regulations, 1995* irlandesa excluye del seguro social determinados trabajos a tiempo parcial cuando el trabajador presta servicios en un puesto a tiempo completo que constituye su medio fundamental de vida. El art. 5.6.e) de la Ley canadiense de aseguramiento del empleo, de 20 de junio de 1996, faculta a la Administración para excluir del Sistema «*l'emploi que des personnes exercent dans une mesure négligeable ou en contrepartie d'une rémunération négligeable*». Por su parte, la Ley japonesa del Seguro de Pensiones de 1954 (*Employees' Pension Insurance Act*) tampoco ampara a quienes no prestan servicios continuados (*daily workers who are not continuously employed for more than one month; employees who are employed for not more than two months, and is it not continuously employed beyond prescribed periods; seasonal employees –excluding seamen– who are not continuously employed for more than four months; o employees employed at temporary workplaces and not employed continuously more than six months*). En el mismo sentido, el art. 3.a) de la *Unemployment Insurance Act* sudafricana (que regula prestaciones por desempleo, incapacidad, maternidad y muerte y supervivencia) se declara inaplicable a los trabajadores que presten servicios durante menos de veinticuatro horas al mes; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 49; R. CLARK, *Anotated guide to social welfare Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, pág. 32; D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 23-24; N. WIKLEY, “*Marginal workers and Social Security in the United Kingdom*”, en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.; AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994, pp. 10-11; P. KRAUSE, “*La protection sociale des agents publics en République Fédérale d'Allemagne*”, en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993, pag. 40.

¹⁰¹ Vid. STS (Cont-Adv.) de 26-2-1981 (Ar. 1165) y, con matices pues declara la relación no laboral, de 15-2-1988 (Ar. 1139).

¹⁰² Sin perjuicio de modulaciones no discriminatorias -STC 253/2004- en la cotización y acción protectora; vid. R. ROQUETA BUJ, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002, pp. 51 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, *Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo*, RL, n° 15-16, 1998, pp. 127 y ss.; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El trabajo a tiempo parcial en el Derecho Comunitario: la Directiva 97/81/CE*, AL, n° 31, 1998, pp. 575 y ss.; M.A. BALLESTER PASTOR, *La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial*, RL, n° 15-16, 1998, pp. 75 y ss.; H. MERINO SENOVILLA, “*La Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial*”, en AA.VV., *La Seguridad Social y las*

actividades, una principal y otra u otras de escasa duración y retribución, marginales en suma, no implica en absoluto que el Sistema pueda ignorar una o varias de ellas¹⁰³, sino que dará lugar, en su caso, a una situación de pluriempleo o pluriactividad¹⁰⁴. El art. 7.6 LGSS contempla, por ende, un mecanismo excepcional de exclusión para quienes desarrollan un trabajo marginal por cuenta ajena, que permanecerán en el Sistema en tanto no se disponga lo contrario expresamente; y una vez operada la expulsión, podrían incorporarse al Sistema nuevamente por el ejercicio de una de las actividades listadas en el art. 7.1 LGSS. En consecuencia, la eventual exclusión no afecta a determinadas actividades, sino a las actividades realizadas en condiciones muy concretas. El art. 7.6 LGSS no permite la elaboración de un catálogo de ocupaciones y/o personas excluidas del Sistema de Seguridad Social¹⁰⁵, sino que introduce una excepción a la regla general del art. 7.1 LGSS en supuestos en los que la carga burocrática y las obligaciones generadas por la incorporación resultan desproporcionadas en relación con la situación a proteger¹⁰⁶.

La manifestación de voluntad colectiva no es vinculante, sino la espoleta de ese mecanismo de exclusión que únicamente se pone en marcha «a instancia de los interesados», que requiere la conformidad del Ejecutivo¹⁰⁷ y que comprende únicamente a los afectados y no a la actividad o sector¹⁰⁸. La petición de los interesados no exime de la apreciación de la marginalidad a partir del doble parámetro alternativo –jornada y retribución– que el propio precepto ofrece. Esta dualidad de causas requiere un esfuerzo interpretativo de compatibilización con otra de las exigencias del precepto: que el trabajo «no constituya medio fundamental de vida». La marginalidad debería tener en cuenta ambas circunstancias, tiempo de trabajo y retribución, de forma acumulativa y no alternativa. En determinadas actividades es posible obtener un importante rendimiento

nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas, MTAS, Madrid, 2003, pp. 141 y ss.

¹⁰³ En sentido contrario, vid. STS de 15-6-1972 (Ar. 3130).

¹⁰⁴ En derecho comparado resulta habitual que los mecanismos de protección social excluyan las actividades por cuenta propia cuando el mismo sujeto realice otra actividad principal por cuenta ajena. Así sucede en Bélgica; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 45.

¹⁰⁵ Vid. J.M. LEONÉS SALIDO, *El trabajo marginal: una frontera sin resolver*, Aranzadi Laboral, nº 2, 2003 (BIB 2003\46).

¹⁰⁶ Vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 31-36; R. ROQUETA BUJ, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002, pp. 39 y ss.

¹⁰⁷ Vid. A. PIÑEYROA DE LA FUENTE, "Campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 59.

económico con un tiempo de trabajo reducido. En consecuencia, el tiempo de trabajo se constituye en indicio, pero en modo alguno podría ser utilizado como único referente si los rendimientos de la actividad son elevados. El concepto de trabajo marginal, del que pretende ocuparse ese precepto, comprende inescindiblemente ambos factores, dedicación y rendimiento; y la referencia expresa a que la actividad no constituya el «medio fundamental de vida» hace mayor hincapié, si cabe, en la cuantía de la compensación obtenida.

Hasta el momento, el recurso al art. 7.6 LGSS ha sido utilizado una sola vez. La norma de referencia es el Decreto 1382/1972, de 6 de mayo¹⁰⁹, sobre trabajadores de la Sociedad de Fomento de Cría Caballar en España, mediante el cual se excluyó del Sistema a un colectivo que efectivamente realizaba (y realiza) una actividad protegida, pues prestaban servicios en el Hipódromo de Madrid los días en que se celebraban carreras de caballos¹¹⁰. El carácter marginal de esta actividad quedaba acreditado tanto por las horas de trabajo efectuadas como por la cuantía de la retribución percibida; sin embargo, no tuvo lugar una completa exclusión del Sistema, ya que debía mantenerse la protección relativa a accidentes de trabajo¹¹¹. La medida, por cierto, no alcanzó a otros hipódromos, «no obstante su identidad de razón»¹¹², por cuanto el mecanismo no se pone en marcha de oficio ni tiene eficacia general¹¹³.

En esa misma línea de exclusión de las actividades marginales, aunque no a través del art. 7.6 LGSS, sino por la vía de la interpretación administrativa, parece quedar excluida la actividad de los empleados de hogar que presten servicios durante menos de setenta y dos horas mensuales distribuidas en menos de doce jornadas¹¹⁴. El fundamento se encuentra en una añeja Resolución de la DGRJSS de 9 de septiembre de

¹⁰⁸ Vid. J. GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 274.

¹⁰⁹ BOE de 7 de junio.

¹¹⁰ El Hipódromo fue cerrado en 1996, pero se reabrió el 23 de octubre de 2005, por lo que la exclusión efectuada por el Decreto 1382/1972 sigue siendo plenamente operativa en el momento actual; vid. http://www.marca.com/edicion/marca/otros_deportes/caballos/es/desarrollo/558346.html.

¹¹¹ Vid. F. VÁZQUEZ MATEO, *Trabajo marginal y Seguridad Social*, AL, nº 40, 1989, pp. 519 y ss.; J.M. LEONÉS SALIDO, *El trabajo marginal: una frontera sin resolver*, Aranzadi Laboral, nº 2, 2003 (BIB 2003V46).

¹¹² Vid. J.P. LANDA ZAPIRAÍN (Dir.), *Lecciones de Seguridad Social (I)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pág. 53.

¹¹³ Vid. STS (Cont-Adv.) de 8-3-2004 (Ar. 2988/2005), que no acepta la exclusión del Sistema de los trabajadores al servicio del Hipódromo de San Sebastián.

¹¹⁴ El Sistema belga excluye a los empleados de hogar que trabajen menos de cuatro horas al día y menos de veinticuatro a la semana; vid. D. PIETERS y otros, *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, pág. 44.

1971, sobre aplicación de la Seguridad Social a trabajos parciales o discontinuos¹¹⁵, que pretende evitar que la afiliación y alta en el Sistema suponga una carga excesivamente onerosa para el trabajador, y, sobre todo, impedir el fraude provocado por quienes aprovechaban las dificultades de control en ese ámbito para acceder al Sistema, simulando la realización de una actividad protegida¹¹⁶.

Los tribunales han entendido tradicionalmente que la Resolución de 1971 complementa el Decreto 2346/1969, norma reguladora del REEH, y consagraron de tal modo la exclusión del trabajo marginal en este sector¹¹⁷. No obstante, en los últimos tiempos se ha hecho prevalecer el principio de jerarquía normativa¹¹⁸, como también defiende la doctrina¹¹⁹. En verdad, esas Resoluciones no constituyen auténticas normas jurídicas, sino plasmación de los criterios exegeticos seguidos por la Administración¹²⁰. En este sentido, la Resolución de 1971 únicamente puede alcanzar valor interpretativo, ya que ni siquiera fue objeto de publicación en el BOE¹²¹, y por ello la exclusión del trabajo doméstico marginal se encuentra con una traba de legalidad evidente, debido a que la citada Resolución difícilmente puede colmar la remisión efectuada por el art. 49.1.2º RD 84/1996 al reglamento en orden al establecimiento de un mínimo de horas de trabajo efectivo mensual que determine la inclusión o no en el Sistema de Seguridad Social¹²².

En cualquier caso, aunque la precisión estuviera contenida en una norma reglamentaria no es claro que pudiera justificarse más que un mero cambio de encuadramiento. Es posible que el REEH -o cualquier otro Régimen Especial- delimite

¹¹⁵ Vid. Circular 2045 de la TGSS, de 25 de noviembre de 1986.

¹¹⁶ Vid. A. CUBAS MORALES, *Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar*, Tribuna Social, nº 42, 1994, pág. 33.

¹¹⁷ Vid. SSTCT de 24-3-1982 (Ar. 1820), 23-10-1984 (Ar. 7994), 4-9 y 10-7-1986 (Ar. 7369 y Ar. 5947), 7-1, 19-5 y 10-6-1987 (Ar. 93, Ar. 10437 y Ar. 12888) y STSJ de Cataluña de 23-12-1992 (AS 6408).

¹¹⁸ Vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 17-6-1992 (AS 2931) y de Cataluña de 25-10-2001 (AS 4135).

¹¹⁹ Vid. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 250 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 43-44; A. CUBAS MORALES, *Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar*, Tribuna Social, nº 42, 1994, pág. 33; P. SALAS MÉNDEZ, *¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del régimen especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico?*, AS, Tomo IV, 2001, pp. 2988 y ss.

¹²⁰ Vid. A. DESDENTADO BONETE, *El Sistema normativo de la Seguridad Social*, RDS, nº 18, 2002, pp. 40-41.

¹²¹ Como advierte la STS de 4-6-1996 (Ar. 4882), esas decisiones administrativas carecen de fuerza normativa y su eficacia depende del necesario respeto al ordenamiento jurídico.

¹²² Según establece ese precepto: «se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el MTAS».

su extensión subjetiva restrictivamente, de modo que no admita el alta de todos los que formalmente están vinculados por una relación laboral al servicio del hogar familiar en los términos del RD 1424/1985. Pero no puede olvidarse que todos ellos son trabajadores asalariados, y que por tal condición están comprendidos en el Sistema de Seguridad Social con independencia de la modalidad de contratación y de su tiempo de trabajo, salvo que entre en juego el mecanismo del art. 7.6 LGSS. Si no procediese el alta en el REEH, los empleados de hogar a tiempo parcial deberían estar obligatoriamente incluidos en el Régimen General, como expresamente dispone el art. 97.2 a), en relación con el art. 98.b), LGSS, pues se trata de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el art. 7 LGSS y que no podrían darse de alta en ningún régimen especial; el ejemplo de los conductores de vehículos al servicio de particulares, art. 97.2.b) LGSS, demuestra que no existe incompatibilidad alguna. A la postre, la exclusión de las actividades profesionales, aunque marginales, del Sistema de Seguridad Social es contraria al espíritu universalista que lo impregna y puede propiciar una “huida” del Sistema con el propósito de eludir las correspondientes cotizaciones¹²³.

Debería valorarse la posibilidad de suprimir la obligación de alta en supuestos de trabajo doméstico marginal, atribuyendo al trabajador la facultad de decidir si quiere o no incorporarse al Sistema. Comoquiera que en esos supuestos las obligaciones de encuadramiento y cotización recaen sobre el propio trabajador, no cabe sancionar al empresario por el incumplimiento de una obligación que no le incumbe, y una hipotética sanción al trabajador sería contraproducente, incluso desproporcionada en atención a la magnitud de la falta, prácticamente insignificante por lo reducido de su jornada y retribución. En un sector caracterizado por la proliferación del trabajo a tiempo parcial con dedicación muy reducida, completamente feminizado, en el que la autonomía de la voluntad se impone *de facto* a los derechos y obligaciones emanados de la normativa laboral, de Seguridad Social, de extranjería e incluso fiscal, con dificultades de control evidentes por el ámbito en el que se desarrolla, del que se obtienen recursos complementarios para la unidad familiar que cuenta de ordinario con otras fuentes de ingresos, y cuya flexibilidad permite compatibilizar la vida laboral y familiar, aspirar al respeto general de la obligación de alta y/o afiliación parece utópico, y si la sanción por el incumplimiento presenta graves inconvenientes, la voluntariedad

¹²³ Vid. M. CINELLI, “The problem of the social protection of atypical work within the European Community: The case of fixed-term work”, en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 143

en el acceso al Sistema, como excepción, permite conciliar mejor los diferentes intereses en juego.

Similar filosofía a esa Resolución de 9 de septiembre de 1971 impregnó el art. 12.3 ET hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997¹²⁴; ese precepto limitaba la acción protectora que el Sistema dispensaba a los trabajadores a tiempo parcial cuya prestación de servicios no excediese de las doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a la asistencia sanitaria por contingencias comunes y al subsidio por maternidad¹²⁵. Se tomaba como referencia el ordenamiento alemán, donde era tradicional no dispensar protección contra los riesgos de vejez y enfermedad en los supuestos del art. 8.1 del Libro IV del Código Social, esto es, cuando el trabajador desempeñaba un «empleo insignificante», sinónimo de trabajo marginal. La norma española, a diferencia de la alemana, atendía únicamente al tiempo de trabajo, olvidando la retribución al presumir que un tiempo de trabajo reducido no puede generar una elevada contraprestación¹²⁶.

Tras la modificación de ese precepto, los trabajadores a tiempo parcial están comprendidos en el Sistema con protección frente a todas las contingencias en tanto no se disponga expresamente lo contrario; y no hay cláusula genérica en ese sentido¹²⁷. La habilitación al Gobierno contenida por el art. 7.6 LGSS, y cualesquiera otras que pudieran dar lugar a exclusiones con carácter constitutivo, únicamente deben utilizarse en supuestos excepcionales, donde el trabajo por cuenta ajena represente más una «afición remunerada» que una ocupación en sentido estricto. Las tensiones que ello provoca resultan difíciles de conciliar en ocasiones, e incluso se ha defendido que un trabajo por tiempo muy reducido «puede ser objeto de normas laborales estrictamente entendidas [...] pero no debe generar derecho a la protección económica de la Seguridad

¹²⁴ Los trabajadores a tiempo parcial no gozaron de una acción protectora completa hasta la entrada en vigor del RD 498/1988, como advierte la STS de 28-4-2000 (Ar. 3823).

¹²⁵ También tenían derecho a la protección del FOGASA; vid. I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 311-313.

¹²⁶ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA, *El colectivo de trabajadores a tiempo parcial con derechos reducidos de protección social*, RL, nº 18, 1995, pp. 84-85; J.A. PANIZO ROBLES y M. CRESPO MACÍAS, *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación*, RTSS (CEF), nº 202, 2000, pp. 12-14; M.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 415 y ss.; J.A. PANIZO ROBLES, *Los contratos a tiempo parcial y para la formación: su incidencia en la Seguridad Social (a propósito de los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, de 27 de marzo)*, RTSS (CEF), nº 183, 1998, pp. 24-26.

¹²⁷ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA y D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social*, RL, nº 20, 2003, pp. 9 y ss.

Social»¹²⁸; sin embargo, la universalidad subjetiva propugnada por el art. 41 CE y la configuración del campo de aplicación del Sistema prevista en el art. 7 LGSS conducen a la conclusión contraria¹²⁹.

En suma, si el Sistema no procede a una exclusión general del trabajo marginal la Administración no está facultada ni para decidir en tal sentido, ni para dotar a un trabajador de capacidad de decisión acerca de su incorporación o no al Sistema, a riesgo de encubrir una decisión constitutiva bajo el pretexto de una exégesis¹³⁰. La exclusión, de producirse, o bien debería plasmarse en una norma de rango legal (o con amparo legal), o bien debería seguir el cauce del art. 7.6 LGSS¹³¹. No puede olvidarse, además, que la exclusión de los trabajos marginales incurriría en un grave riesgo de discriminación indirecta por razón de sexo¹³², ya que en términos porcentuales las mujeres prácticamente copan ese tipo de actividad¹³³.

Mientras que en el trabajo asalariado la exclusión de las actividades marginales constituye una excepción, en el ámbito del trabajo autónomo la dimensión temporal y económica de la actividad es un elemento determinante. El Sistema de Seguridad Social, posiblemente en atención a las dificultades probatorias, únicamente considera como actividad protegida el trabajo autónomo desarrollado con carácter habitual. En consecuencia, el desarrollo de una actividad por cuenta propia no garantiza en todo caso el acceso al Sistema, pues el art. 7 LGSS remite a las normas que regulan los regímenes especiales para una concreción más precisa; y en ellas se configura una especie de «profesionalidad cualificada».

¹²⁸ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en AA.VV., *Trabajo a tiempo parcial y horario flexible*, Madrid, 1978, pág. 32.

¹²⁹ La dificultad de coordinar el art. 7.6 LGSS con el art. 41 CE ha llevado a algún autor a solicitar la supresión de aquél; vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, "Artículo 7", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 74.

¹³⁰ Vid. Resolución de la TGSS de 22 de enero de 1999, publicada en *Tribuna Social*, nº 99, 1999, pp. 64-66.

¹³¹ Vid. A. CUBAS MORALES, *¿Continúa vigente el artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social?*, RTSS, nº 11, 1993, pp. 177 y 178.

¹³² Vid. J. ESCOBAR JIMÉNEZ, "La flexibilización del mercado de trabajo en la protección social. Especial referencia sobre los contratos de aprendizaje y a tiempo parcial marginales: algunas reflexiones sobre su posible inconstitucionalidad", en A. BAYLOS GRAU (Coord.), *La reforma laboral de 1994*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 64 y ss.

¹³³ En este sentido, y entre muchas otras, vid. SSTJCE Schönheit y Becker (de 23-10-2003, asuntos acumulados C-4/2002 y C-5/2002), Steinicke (de 11-9-2003, asunto C-77/2002), y Schröder (de 10-2-2000, asunto C-50/96). No obstante, el hecho de que las medidas afecten a un número superior de mujeres que de hombres no siempre resulta discriminatorio, como advierten las SSTJCE Laperre (de 8-2-1996, asunto C-8/94), Posthuma-van Damme and Oztürk (de 1-2-1996, asunto C-280/94), Nolte (de 14-12-1995, asunto C-317/93), y Megner and Scheffel (de 14-12-1995, asunto C-444/93). En España, vid. STC 145/1991, de 1 de julio.

La habitualidad es un requisito esencial del concepto de trabajo autónomo con el que opera el Sistema de Seguridad Social, y su ausencia conlleva que el trabajador por cuenta propia no pueda ingresar en la modalidad contributiva por el ejercicio de esa actividad. La habitualidad, no obstante, ha sido contemplada por la jurisprudencia desde dos perspectivas diferentes, dedicación y rendimiento económico; por ello, han sido considerados sujetos comprendidos en el Sistema ciertos trabajadores autónomos que desarrollan un trabajo por cuenta propia marginal desde una perspectiva temporal, pero no en atención a los ingresos que de él obtienen, como ya se dijo¹³⁴.

3- Prestaciones personales obligatorias y trabajo no voluntario

La primera de las notas características del trabajo asalariado, al menos en el orden del art. 1.1 ET, es la voluntariedad, requisito esencial para el nacimiento de todo contrato (art. 1261 CC) y que supone «la posibilidad de elegir y, especialmente, la de poder decir que no»¹³⁵. La ausencia de voluntariedad puede deberse a varias circunstancias. El trabajo prestado bajo coacción, intimidación o violencia tiene connotaciones especiales, y aunque no goce del amparo del Sistema de Seguridad Social, puede dar lugar a reparaciones por la vía civil o penal ante los posibles daños y perjuicios. Ese trabajo obligado es diferente al trabajo obligatorio que por imperativo constitucional (arts. 30.4 y 31.3 CE) sólo la ley puede imponer cuando lo justifique «la protección del interés general o la realización de servicios de utilidad social»¹³⁶.

El trabajo obligatorio, no está de más precisarlo por las especiales connotaciones que presenta el trabajo asalariado –de ordinario la principal fuente de obtención de recursos de la persona-, no conecta con la compulsión económica, o necesidad de prestar servicios para conseguir los medios que satisfagan las necesidades vitales¹³⁷, sino con la compulsión jurídica¹³⁸. El trabajo será voluntario, así pues, cuando el trabajador pueda decidir libremente si lo acepta, sin que el rechazo conlleve una sanción jurídica, cuando «el trabajador asume el esfuerzo laboral mediante actos sucesivamente

¹³⁴ III.3.

¹³⁵ Cfr. M.E. ACKERMAN, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 3, 2004, pág. 19.

¹³⁶ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 175.

¹³⁷ Vid. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Vigésimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 36-37.

¹³⁸ Vid. E. REVILLA ESTEVE, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 90.

renovados», cuando «las obligaciones sean aceptadas libremente por el trabajador y no impuestas» y cuando, en suma, «tales compromisos u obligaciones de trabajo libremente asumidas no sean demasiado prolongados o difíciles de deshacer»¹³⁹. El trabajo obligatorio, en los supuestos que aún subsisten¹⁴⁰, no se articula a través de una relación laboral¹⁴¹ y no puede encuadrarse en ninguna de las actividades listadas en el art. 7 LGSS, por lo que permanece al margen del Sistema de Seguridad Social a salvo de previsión expresa en contrario.

Un supuesto de trabajo obligatorio con repercusión en el Sistema son los trabajos de colaboración social previstos por el art. 213.3 LGSS, que se configuran como una especie de compensación por la ayuda pública contra el desempleo, una «aceptación por parte del desempleado del deber constitucional de trabajar o ser útil a la comunidad»¹⁴². El precepto citado advierte que el Servicio Público de Empleo Estatal puede exigir a los preceptores de una prestación o subsidio por desempleo esta clase de trabajos, que no suponen el nacimiento de una relación laboral¹⁴³ -como también advierte el art. 1.3.b) ET- y que deben reunir una serie de características: ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad; tener carácter temporal; coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado; y no suponer cambio de residencia habitual del trabajador¹⁴⁴. El art. 38 RD 1445/1982, de 25 de junio, añade además la imprescindible temporalidad de ese trabajo, que no puede exceder del tiempo

¹³⁹ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 48.

¹⁴⁰ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 196; J. CRUZ VILLALÓN y OTROS, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 31-32.

¹⁴¹ Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, AS, nº 6, 2001, pp. 10 y ss.

¹⁴² Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 429.

¹⁴³ Con el riesgo que ello supone de uso fraudulento; vid. Jesús LÓPEZ LÓPEZ, *Utilización abusiva de trabajadores en régimen de colaboración social por las Administraciones Públicas*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 21, 2002, pp. 5 y ss.

¹⁴⁴ Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, "El trabajo temporal de colaboración social", en F. DURÁN LÓPEZ, *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pp. 123 y ss.; J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, "Los trabajos de colaboración social", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 282 y ss.

que reste de percepción de la prestación o subsidio¹⁴⁵, y su carácter retribuido, ya que el obligado tiene derecho a una compensación¹⁴⁶.

La negativa del desempleado es calificada como infracción grave por el art. 17.2 LISOS. La sanción, prevista en el art. 47 LISOS, consiste en la suspensión del percibo de la prestación -que no sólo supone interrupción, sino también reducción del período de percepción por tiempo igual al de la suspensión (art. 212.2 LGSS)- por tres meses si se trata de la primera infracción y seis meses si es la segunda; la tercera infracción conlleva la extinción. Además, el art. 47.3 LISOS prevé como sanción adicional la pérdida de los derechos que como demandante de empleo tuviera el infractor, quedando sin efecto la inscripción como desempleado. La negativa injustificada a realizar trabajos de colaboración social es sancionable incluso en los primeros cien días de percepción, a diferencia de la «participación en acciones de mejora de la ocupabilidad» [art. 231.1.i) LGSS]. Así configurados, los trabajos de colaboración social presentan diferencias notables con los ejemplos clásicos de trabajo obligatorio, porque la sanción no consiste en una pena privativa de libertad, de derechos o en una multa económica, sino en la supresión del beneficio que precisamente faculta a los poderes públicos para exigir la colaboración del sujeto. De este modo, se configuran como una obligación más de los beneficiarios de la protección por desempleo y no exactamente como un supuesto de prestación personal obligatoria.

Sea cual fuere su naturaleza, los trabajos de colaboración social, como categoría jurídica, no son una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social¹⁴⁷. No obstante, quienes deban desarrollar esas tareas permanecerán en todo caso en el campo de aplicación del Sistema. Evidentemente, no es ésta una situación que conlleve afiliación y alta: la afiliación ya se ha producido con anterioridad, pues para tener derecho a la protección por desempleo es menester haber desarrollado una actividad protegida por el Sistema, y el alta real no procede legalmente. Ahora bien, el trabajador se mantiene incluido en el ámbito subjetivo del Sistema en virtud de la actividad por la que generó la protección por desempleo, no ya en situación de alta real, sino de asimilación al alta (arts. 125 LGSS y 36 RD 84/1996).

¹⁴⁵ Vid. SSTS de 30-4-2001 (Ar. 4615), de 24-4, 17-5 y 25-7-2000 (Ar. 5147, Ar. 4635 y Ar. 8201), y de 16-5, 15 y 27-7-1988 (Ar. 3631, Ar. 6867 y Ar. 6259).

¹⁴⁶ Ese complemento consiste en elevar la cuantía de la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora que sirvió para el cálculo de la prestación contributiva que se esté percibiendo o que se hubiera agotado antes de comenzar el subsidio, debiendo garantizarse en todo caso el 100% del SMI -y no del IPREM, art. 3.4 Real Decreto Ley 3/2004- vigente en cada momento (art. 38.4 RD 1445/1982).

Esa cobertura genérica se completa con una protección específica, prevista por el art. 38.5 RD 1445/1982, a cuyo tenor «las Administraciones Públicas que realicen trabajos de colaboración social mediante los servicios prestados por trabajadores desempleados deberán ingresar en la TGSS las cuotas correspondientes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». En este caso no se produce una inclusión impropia *—ex novo—* en el Sistema, sino una extensión de la acción protectora durante la contingencia de desempleo, que alcanza coyunturalmente a los riesgos de origen profesional. El sujeto permanecerá en situación asimilada al alta con protección también contra contingencias profesionales, y no de alta real con protección limitada a los riesgos de origen profesional. Aunque el resultado pueda coincidir, el *iter* jurídico es sustancialmente diverso y la trascendencia en materia de actos de encuadramiento también evidente.

Aunque de distinta naturaleza, consideraciones muy similares cabe hacer al respecto de la «participación en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad» que el desempleado está obligado a realizar en virtud de la suscripción del compromiso de actividad a la que viene obligado legalmente (art. 231 LGSS). Dicha obligación cuenta con una intensidad sobresaliente, pues no se encuentran en situación legal de desempleo quienes «no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad» (art. 208.2 LGSS), amén de la correspondiente tipificación como infracción grave de la negativa, que lleva aparejada la oportuna sanción [arts. 17.2 y 47.1.b) LISOS]. Al igual que en los trabajos de colaboración social, quienes participen en esas acciones de mejora de la ocupabilidad permanecen en situación asimilada al alta por su condición de desempleados, aunque no hay previsión expresa acerca de accidentes o enfermedades sufridos con ocasión y a consecuencia del desarrollo de la actividad.

Al margen de las actividades requeridas a los desempleados, cabe citar como ejemplos tradicionales de trabajo obligatorio el servicio militar y la prestación social sustitutoria. En ambos casos falta la nota de voluntariedad, por más que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos excluya estas actividades del concepto de

¹⁴⁷ Insinúa que la actividad podría ser objeto de relación laboral J. LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 23.

trabajo obligatorio, pues piensa esa norma en la esclavitud o la servidumbre¹⁴⁸. El servicio militar y la prestación sustitutoria, por la ausencia de voluntariedad, no pueden ser considerados como trabajo asalariado, y por ello esas actividades no se encuentran recogidas en el apartado 1.a) del art. 7 LGSS. Sin embargo, el ordenamiento jurídico contempló diversas fórmulas para permitir el acceso al Sistema, o en su caso la permanencia, de quienes debían acudir a la llamada a filas.

Respecto del servicio militar, su calificación como actividad protegida cuenta con apoyo indirecto en el propio art. 7.1 LGSS, y más concretamente en la referencia que su apartado e) realiza a los «funcionarios públicos, civiles y militares». El art. 3 LO 13/1991, que regula el servicio militar, advierte que «los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el servicio militar adquieren durante su prestación la condición militar y reciben la denominación de militares de reemplazo». Esa condición militar no da lugar a una relación funcional, pero sí justifica el acceso al Sistema, como específicamente dispone el art. 52 de la propia LO 13/1991 cuando atribuye a los militares de reemplazo el «derecho a asistencia sanitaria y a la cobertura de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el régimen establecido por la Ley».

Abundando en ello, el art. 55 de la misma norma concede derecho a pensión o indemnización a quienes cumpliendo el servicio militar fallezcan, se inutilicen, padezcan lesiones o sean dados por desaparecidos, siempre que sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo, incluido el accidente *in itinere*. En consonancia, la DA 1ª del Real Decreto Legislativo 1/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, considera obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de ese Régimen Especial a «los militares de reemplazo durante la prestación del servicio militar, incluso en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando» [apartado 1.E)]. Asimismo, el art. 1 RD 1234/1990 dispone que «quienes, cumpliendo el servicio militar en cualquiera de sus formas o siendo alumnos de Centros docentes militares de formación sufran accidentes en acto de servicio por cuya virtud fallezcan, desaparezcan, se inutilicen o padezcan lesiones permanentes no invalidantes, causarán en su favor o en el de su cónyuge, hijos o padres derecho a prestaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado».

¹⁴⁸ Vid. M. ALONSO OLEA, "El trabajo en régimen de servidumbre", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 11 y ss.

Por lo que se refiere a la prestación social sustitutoria, no es un trabajo por cuenta ajena o propia, y tampoco se establece una relación funcionarial o análoga. La actividad, de por sí, estaría excluida del Sistema público de no establecerse previsión en contrario. El sustento, quizás, podría encontrarse en el art. 75.3 del RD 700/1999, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria; a tenor del mismo, «los objetores de conciencia y sus beneficiarios, no incluidos ya en la Seguridad Social, tendrán derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, con idéntico contenido, extensión y condiciones a los establecidos para el Régimen General y con cargo a los Presupuestos Generales del Estado». Además, quienes «realizando la prestación social fallezcan, sufran cualquier tipo de minusvalía o discapacidad de carácter permanente, padezcan lesiones o¹⁴⁹ sean dados por desaparecidos, siempre que sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo –incluido el accidente *in itinere*–, causarán derecho a pensión o indemnización».

Como se aprecia, no hay exigencia de formalización de actos de encuadramiento ni una declaración taxativa de incorporación a un régimen de Seguridad Social. Es cierto que durante la situación de actividad de los objetores de conciencia «el régimen será análogo al establecido para el servicio militar»¹⁴⁹, pero analogía e identidad son conceptos diferentes. Esa equiparación, por sí sola, no justifica la incorporación de los objetores de conciencia al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, del que están excluidos porque ni los objetores son militares de reemplazo ni existe previsión expresa. A la postre, el art. 75.3 RD 700/1999 sólo concede derecho a pensión o indemnización en caso de accidente en acto de servicio, lo que supone la extensión parcial a los objetores de los beneficios dispensados bien por el ISFAS, bien por el Régimen de Clases Pasivas, como también reconoce el art. 2.1.J) Real Decreto Legislativo 670/1987¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Art. 27.1 RD 700/1999, de 30 de abril.

¹⁵⁰ El período dedicado al servicio militar o a la prestación social sustitutoria no es computable a efectos de jubilación. Así lo dispone expresamente, respecto del Régimen de Clases Pasivas, el art. 32.3 del Real Decreto Legislativo 670/1987. Sin embargo, el propio precepto advierte que el tiempo que exceda del obligatorio «y que permanezca el personal de que se trata prestando el servicio militar o como Caballero Cadete, Alumno o Aspirante de Escuelas y Academias Militares se entenderá, a todos los efectos, como de servicios al Estado, que se considerarán prestados como Clase de Tropa o Marinería». El servicio militar, al menos en su última configuración, contaba con una duración de nueve meses (art. 24 LO 13/1991, de 20 de diciembre), de modo que el tiempo que excediese de ese período sí podía computarse como servicios prestados al Estado y, en virtud del cómputo recíproco de cotizaciones, como período cotizado en el Régimen General o Especial correspondiente (RD 691/1991, de 12 de abril). Esta

Las normas de Seguridad Social suelen contemplar el servicio militar y la prestación social sustitutoria en su relación, más bien en su interferencia, con un trabajo. El art. 125.2 LGSS y el art. 36.1.4 RD 84/1996¹⁵¹ consideran como situación asimilada al alta (excepto a efectos de IT y jubilación) la suspensión del contrato por servicio militar o prestación social sustitutoria¹⁵². Esos preceptos, como se dijo, pueden tener aplicación en los casos de súbditos extranjeros que deban cumplir tales obligaciones en su país de origen¹⁵³, y no sólo respecto del desempeño de un trabajo por cuenta ajena, porque los autónomos que suspendan su actividad por la incorporación a filas, «bien con carácter obligatorio o voluntario para anticiparlo», permanecen en situación asimilada al alta en tanto realicen el servicio militar y en los dos meses siguientes al licenciamiento (art. 70.1 Orden de 24 de septiembre de 1970)¹⁵⁴.

Por otro lado, pueden imponerse también prestaciones personales obligatorias cuando se declaren los estados de alarma, excepción o sitio. El art. 9 LO 4/1981, de 1 de junio, prevé que en caso de declaración del Estado de Alarma «todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las CCAA y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza», mientras el art. 12 de esa misma norma contempla la posibilidad de que se adopten las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales».

En este sentido, el art. 4.1 Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, dispone que «todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, estarán sujetos a la obligación de colaborar, personal y materialmente, en la protección civil, en caso de requerimiento por las autoridades competentes», mediante «el cumplimiento de las medidas de prevención y protección para personas y bienes establecidos por las leyes y las disposiciones que las desarrollen, en la realización de las prácticas oportunas y en la

conclusión resulta obvia, por cuanto el vínculo con el Ejército más allá de la duración fijada para el servicio militar no se define ya por su carácter obligatorio.

¹⁵¹ Idénticas previsiones contienen el art. 55 LO 13/1991, respecto del servicio militar, y el art. 75.2 del RD 700/1999, en relación con la prestación social sustitutoria.

¹⁵² Arts. 45 e) y 48.3 ET.

¹⁵³ V.6.

¹⁵⁴ Vid. STSJ del País Vasco de 4-2-1992 (AS 591).

intervención operativa en las situaciones de emergencia que las circunstancias requieran». Más concretamente, el art. 6.2 del RD 1378/1985, de 1 de agosto, establece que «la determinación de los recursos movilizables en emergencias comprenderá la prestación personal, los medios materiales y las asistencias técnicas que se precisen, dependientes de las administraciones públicas o de las entidades privadas, así como de los particulares». Por tanto, esas prestaciones personales resultan exigibles en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública conforme al «principio de proporcionalidad entre la necesidad que se pretende atender y el medio que se considere adecuado para ello». El empleo de los recursos disponibles «se hará escalonadamente, otorgándose prioridad a los disponibles en el ámbito territorial afectado» y «a los recursos públicos respecto de los privados»¹⁵⁵. Este tipo de prestaciones personales obligatorias no se encuentran protegidas por el Sistema, ni siquiera frente a los accidentes ocurridos en el desarrollo y ejecución de las mismas¹⁵⁶.

Razones de utilidad pública justifican asimismo la prestación personal (acompañada o no de prestación de transporte) que los ayuntamientos con población de derecho no superior a cinco mil habitantes pueden imponer a las personas que en él residan, salvo excepciones tasadas¹⁵⁷, con motivo de «la realización de obras de la competencia municipal o que hayan sido cedidas o transferidas por otras entidades públicas»¹⁵⁸. Esta actividad, en la que es posible la redención «a metálico por un importe del doble del salario mínimo interprofesional»¹⁵⁹, no constituye trabajo asalariado ante la ausencia de voluntariedad. Es más, debe procurarse que el período de prestación no interfiera en exceso con la profesión habitual, por lo que el tiempo de prestación obligatoria no debe coincidir con un período de alta actividad en el municipio, ni exceder de quince días al año ni de tres consecutivos¹⁶⁰.

En cuanto a la prestación de transporte, el art. 130 Real Decreto Legislativo 2/2004 resulta taxativo, al estimar que dicha prestación «es general, sin excepción alguna, para todas las personas físicas o jurídicas, residentes o no en el municipio, que

¹⁵⁵ Art. 6.3 y 6.4 RD 1378/1985.

¹⁵⁶ Vid. J.R. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, "Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 311-312.

¹⁵⁷ A saber: menores de dieciocho años y mayores de cincuenta y cinco, disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, reclusos en establecimientos penitenciarios y mozos mientras permanezcan en filas en cumplimiento del servicio militar; vid. art. 129.1 Real Decreto Legislativo 2/2004.

¹⁵⁸ Art. 128 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

¹⁵⁹ Art. 129.3 Real Decreto Legislativo 2/2004.

¹⁶⁰ Arts. 128.4 y 129.3 Real Decreto Legislativo 2/2004.

tengan elementos de transporte en el término municipal afectos a explotaciones empresariales radicadas en éste». La prestación de transporte no puede exceder de cinco días al año, no consecutivos en ningún caso, cuando se trate de vehículos de tracción mecánica, y de diez días, con dos consecutivos como máximo, en el resto de supuestos. Al igual que sucede con la prestación personal, es posible la redención previo pago de una cantidad en metálico, que asciende en la prestación de transporte al importe de tres veces el SMI¹⁶¹.

Es claro que este tipo de actividades no pueden encuadrarse en el art. 7 LGSS, de modo que su desempeño no debería suponer la inclusión en el Sistema de Seguridad Social. El art. 129.2 Real Decreto Legislativo 2/2004, es cierto, encomienda al ayuntamiento la cobertura contra «el riesgo por accidentes que puedan acaecer a los obligados a esta prestación», pero ese mandato legal se vería plenamente satisfecho mediante el recurso al aseguramiento privado. Sin embargo, desde hace décadas esas prestaciones personales obligatorias impuestas por un ente local cuentan con una protección propia y específica en materia de Seguridad Social. Su nexo de unión con el Sistema no es el art. 7 LGSS, sino el RD 2765/1976, de 12 de noviembre, dictado en desarrollo del art. 2.b) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. En esa norma se concreta la protección social de quienes realizan esta prestación personal obligatoria –y no cualquier otra-, que serán encuadrados en el Régimen General, pero tanto la cotización como la acción protectora se limitan a las contingencias de origen profesional¹⁶².

Prestaciones personales obligatorias, de las más típicas por otra parte, se recogen también en el art. 27 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. En virtud de ese precepto, resultan obligatorios los cargos de Presidente y Vocal de mesa en las elecciones Generales, Autonómicas, Locales y en las elecciones al Parlamento Europeo. En materia laboral, la ausencia al trabajo viene amparada por el art. 37.3 d) ET, y también por el art. 28 LO 5/1985, a cuyo tenor «los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios nombrados Presidentes o Vocales de las Mesas Electorales tienen derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación, si es

¹⁶¹ Probablemente la referencia deba entenderse efectuada al IPREM tras el Real Decreto-Ley 3/2004, aunque el propósito de esa norma consistía en desvincular el SMI de la cuantía de ciertos beneficios sociales para evitar que el incremento del SMI derivase en un aumento exponencial del gasto público, y no en reducir los ingresos de la propia Administración Pública.

¹⁶² Vid. J.R. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 312-315.

laboral. En todo caso, tienen derecho a una reducción de su jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior». Una significación parecida, a estos efectos, tiene la participación en un jurado, calificada por el art. 6 LO 5/1995 como un «deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse». El art. 7 de esa norma advierte que «el desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcional, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal».

Resulta poco probable que las obligaciones electorales cumplan los requisitos para que la empresa pueda pasar al trabajador a la situación de excedencia forzosa. Es más factible que la incompatibilidad duradera se produzca por la condición de jurado. En el supuesto de excedencia forzosa, el trabajador permanecería en situación asimilada al alta, y por tanto incluido en el Sistema (art. 125.2 LGSS y 36.1.2º). Si la interferencia en el tiempo de trabajo no excede de los límites establecidos en el art. 37.3 d) ET, el trabajador continuará de alta real en el Sistema, sin mayor peculiaridad en materia de Seguridad Social¹⁶³.

En cambio, la actividad en sí misma que da lugar a la suspensión del contrato, o en su caso a la excedencia, no es una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social, salvo que una norma expresamente disponga lo contrario. El art. 7 RD 605/1999, de 16 de abril, cumple esa función respecto de los presidentes, vocales, o sustitutos que resulten designados, de mesas electorales. En concreto, se ha procedido a su encuadramiento en el Régimen General, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, la acción protectora se limita a las contingencias de origen profesional, y en concreto, a los accidentes sufridos con ocasión y a consecuencia del cumplimiento de la prestación personal obligatoria¹⁶⁴.

Por el contrario, no han sido incluidos en el Sistema los miembros de un jurado¹⁶⁵, pese a que el art. 2.b) de la Ley de 8 de abril de 1976 dispuso expresamente que las prestaciones personales obligatorias debían estar protegidas por el Sistema de Seguridad Social frente a los accidentes o enfermedades que pudieran acontecer con ocasión o a consecuencia de su desempeño. Los términos de esa inclusión en el Sistema

¹⁶³ Vid. Resolución de la DGOSS de 16-10-1998, publicada en Tribuna Social, nº 97, 1999, pág. 69.

¹⁶⁴ Vid. J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 94.

¹⁶⁵ El régimen retributivo y las indemnizaciones derivadas de la función de jurado se encuentran en el RD 385/1996, de 1 de marzo, que únicamente contempla la contraprestación por el desempeño de la labor de jurado e indemnizaciones por gastos de viaje, alojamiento y manutención. Las cuantías han sido actualizadas por la Orden JUS/2352/2002, de 5 septiembre.

se remitían a una futura norma reglamentaria. El Decreto 2765/1976 cumplió ese encargo, limitando la protección contra riesgos profesionales a las prestaciones personales obligatorias que pudieran establecerse «de conformidad con las normas que regulan la Administración Local» (art. 1), precisión en la que no cabe incluir el Tribunal del Jurado¹⁶⁶. La Administración, no obstante, habrá de responder en caso de accidente, con base en la responsabilidad administrativa por funcionamiento normal o anormal según los casos, aunque en la práctica los riesgos que puedan actualizarse durante el desempeño de la función de jurado se cubren mediante un seguro privado.

Una última manifestación de trabajo obligatorio con posible relevancia desde la perspectiva de la Seguridad Social se recoge en el art. 105.1.f) CP, que prevé como medida de seguridad el «sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares». Por su parte, el art. 7.1.h).2º LO 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores, permite al Juez de Menores establecer como medida la libertad vigilada, en la que pueden imponerse unas reglas de conducta que incluyan, entre otras, la «obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares». Habrá que estar a las condiciones de cada concreto programa, pero como regla general la concurrencia del carácter obligatorio y formativo determinará su exclusión del Sistema de Seguridad Social.

Por consiguiente, las prestaciones personales obligatorias se encuentran generalmente excluidas del Sistema, ya que no se recogen en el catálogo de actividades protegidas del art. 7.1 LGSS; sin embargo, en determinados supuestos se ha procedido a una ampliación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social que alcanza determinadas parcelas del trabajo obligatorio, si bien con el exclusivo propósito de dispensar protección frente a las contingencias que tengan su origen en el desempeño de la actividad concreta¹⁶⁷. Se trata, en realidad, de «inclusiones impropias» o *sui generis*, limitadas a las contingencias de origen profesional, convirtiendo al Sistema de Seguridad Social, en cierta forma, en un seguro de daños *ad hoc*.

¹⁶⁶ De distinta opinión parece J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 97", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 990-991, que entiende que el RD 2765/1976 comprende todas las prestaciones personales obligatorias.

¹⁶⁷ Vid. J.R. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, "Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 315-319.

4- Trabajo penitenciario y en beneficio de la comunidad

El trabajo realizado por los penados en instituciones penitenciarias está investido de carácter formalmente obligatorio¹⁶⁸. El art. 29.1 LOGP lo corrobora, al advertir que «todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales», salvo las excepciones recogidas en el mismo precepto¹⁶⁹. El trabajo de los penados, así configurado, presenta evidentes problemas, no solamente de encaje en el concepto de trabajador asalariado, sino incluso de legitimidad constitucional en un ordenamiento que se ha decantado por un sistema de penas privativas de libertad orientadas a la reeducación y reinserción social¹⁷⁰, y que distingue entre los trabajos obligatorios y los trabajos forzados, éstos últimos expresamente prohibidos por el art. 25 CE¹⁷¹.

El propio art. 25 CE, sin embargo, alude al trabajo remunerado como derecho de los penados, por lo que la LOGP, a pesar de su art. 29, no atribuye a ese trabajo un carácter verdaderamente forzoso, sino que lo configura como un derecho-deber (art. 26 LOGP), peculiaridad hasta cierto punto lógica por las especiales características de este supuesto¹⁷². El trabajo se convierte en un «ingrediente propio de la pena y de la finalidad rehabilitadora que a ésta le atribuye la Constitución»¹⁷³. El trabajo en prisión, incluso como deber, se justificaría a través de su función de reeducación y reinserción social del penado¹⁷⁴; pero el deber en puridad no existe¹⁷⁵, pues no se ha instituido

¹⁶⁸ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo*, RPS; n° 71, 1966, pp. 205-206; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias*, RL, n° 13, 1987, pp. 11 y ss.

¹⁶⁹ Están exentos del deber de realizar un trabajo productivo en prisión los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta; los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos; los mayores de sesenta y cinco años; los perceptores de prestaciones por jubilación; las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas; y quienes no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

¹⁷⁰ Este objetivo justifica este tipo de medidas, tanto en España como en el extranjero; vid. J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 470-471.

¹⁷¹ Vid. STC 27/2001, de 29 de enero.

¹⁷² El art. 26 LOGP detalla los caracteres de ese trabajo en prisión. A saber: no tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección; no atentará a la dignidad del interno; tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre; se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento; será facilitado por la Administración; gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social; y no se supeditará al logro de intereses económicos por parte de la Administración.

¹⁷³ Cfr. E. REVILLA ESTEVE, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 93.

¹⁷⁴ Vid art. 132 RD 190/1996, de 9 de febrero.

sanción ante una eventual negativa¹⁷⁶. A la postre, el art. 35 CE sostiene que el trabajo, en general, y no sólo el de los penados, es un derecho-deber. En su dimensión de derecho, la jurisprudencia, tanto constitucional¹⁷⁷ como ordinaria¹⁷⁸, ha advertido que el interno no puede exigir inmediatamente la adjudicación en un puesto de trabajo directamente productivo; en su faceta de deber, cuenta con un carácter ético-social que no permite su imposición o exigencia coactiva.

El habitual complemento de ese derecho al trabajo de los penados viene establecido en el mismo art. 25 CE, precepto que reconoce el derecho a obtener, como consecuencia de la realización de la actividad, los «beneficios correspondientes de la Seguridad Social». Ambos derechos, «insólitamente»¹⁷⁹, merecen la consideración de fundamentales por su ubicación sistemática¹⁸⁰, al contrario de lo que sucede con el reconocimiento genérico en los arts. 35 y 41¹⁸¹. No obstante, y en el ámbito específico de la Seguridad Social, el art. 25 CE no implica una mayor protección, sino la garantía de una protección equivalente a los trabajadores por cuenta ajena¹⁸², pues el trabajo de penados, no sin vacilaciones previas¹⁸³, ha sido calificado expresamente como relación laboral, siempre que consista en una actividad directamente productiva¹⁸⁴.

¹⁷⁵ En contra, vid. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 212 y ss.

¹⁷⁶ Vid. J.A. SOLER ARREBOLA, *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2000, pp. 76 y ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ, *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, AS, nº 6, 2001, pág. 17; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Duodécima Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 483; A. ELÍAS ORTEGA, *Comentario sobre el mandato al gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados*, AS, nº 21, 2000, pp. 78-84.; F.J. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA y V. RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Cuarta Edición, MAD, Sevilla, 2004, pp. 277-278.

¹⁷⁷ Vid. STC 17/1993, de 18 de enero, y AATC 256/1988 y 95/1989.

¹⁷⁸ Vid. STS de 3-2-1997 (Ar. 972).

¹⁷⁹ A. MONTOYA MELGAR, “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 296, nota 63 bis.

¹⁸⁰ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales*, REDT, nº 42, 1990, pp. 305 y ss.

¹⁸¹ Lo que no deja de constituir una «paradoja constitucional»; cfr. F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1161-1162.

¹⁸² Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Trabajo penitenciario y derechos fundamentales*, AL, nº 11, 1990, pp. 425-426; J.P. LANDA ZAPIRAÍN (Dir.), *Lecciones de Seguridad Social (I)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pág. 41.

¹⁸³ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, “¿Contrato de trabajo de los penados?”, en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965, pp. 333 y ss.

¹⁸⁴ Vid. STSJ del País Vasco de 9-4-2002 (AS 2011).

En este sentido, el art. 2.1.c) ET califica como relación de trabajo especial, pero no por ello menos laboral, la de los penados en las instituciones penitenciarias, incluidos quienes se encuentren en prisión preventiva, como se deriva del art. 29.2 LOGP¹⁸⁵. El ingreso en el Sistema de Seguridad Social de los reclusos, aunque por la vía de la asimilación, data del Decreto 573/1967, de 16 de marzo¹⁸⁶. Pero la expresa calificación legal como relación laboral conlleva la incorporación *ope legis* de ese colectivo al Sistema de Seguridad Social *ex art. 7.1 a) LGSS*¹⁸⁷. La inclusión en el Régimen General, con particularidades, se reconoce en los arts. 19 a 21 del RD 782/2001¹⁸⁸.

Es factible que el centro penitenciario carezca de organización productiva, de modo que los internos no tengan posibilidad de desempeñar un trabajo remunerado. El TC ya advirtió que el art. 25.2 CE, en lo que se refiere al derecho al trabajo, es un precepto de aplicación progresiva, que debe atender a las posibilidades de la Administración Penitenciaria en cada momento¹⁸⁹. Sin embargo, esa inactividad imputable a la Administración podría generar ciertos efectos en materia de Seguridad Social, pues el TS, «utilizando los cánones hermenéuticos de la interpretación conforme a la Constitución y de la interpretación evolutiva», ha estimado que los penados en instituciones penitenciarias que no realicen trabajo remunerado por inexistencia de organización productiva, pero sí alguna otra prestación personal que demuestre su predisposición al trabajo, se encuentran en situación asimilada a la de alta por resultar un supuesto análogo al desempleo¹⁹⁰, lo que no parece congeniar completamente con la jurisprudencia constitucional¹⁹¹. En contraposición, cuando la inactividad resulte

¹⁸⁵ Vid. E. REVILLA ESTEVE, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 95.

¹⁸⁶ La incorporación se reconocía también en el art. 3 RD 326/1995, de 3 de marzo, que ha sido derogado por el RD 868/2005, de 15 de julio; vid. J.A. SOLER ARREBOLA, *La Seguridad Social de los internos sujetos a la relación laboral especial penitenciaria: una regulación pendiente*, AL, nº 6, 2001, pp. 129-132.

¹⁸⁷ Con problemas de adaptación, como puso de manifiesto la DA 32 Ley 50/1998 al encomendar al Gobierno la presentación de un informe sobre los problemas derivados de la inclusión en la Seguridad Social de quienes desempeñen trabajos penitenciarios.

¹⁸⁸ Vid. J.A. SOLER ARREBOLA, *El tardío desarrollo reglamentario laboral de la relación especial de los internos en prisiones*, TL, nº 63, 2002, pp. 91-92.

¹⁸⁹ Vid. STC 172/1989, de 19 de octubre.

¹⁹⁰ Vid. STS de 12-11-1996 (Ar. 8556) y SSTSJ de Cataluña de 5-2-2002 (AS 1405) y de Navarra de 27-2-1998 (AS 734); comenta esta última sentencia G.L. BARRIOS BAUDOR, *Supuestos de relativización del requisito de alta en relación a la permanencia en prisión*, AS, Tomo I, 1998, pp. 2548 y ss. Parece apartarse de esta doctrina, aunque no se alude a la ausencia de organización productiva, la STSJ de Madrid de 12-9-2001 (AS 584/2002).

¹⁹¹ La STC 172/1989 afirmó que sólo merece relevancia constitucional la situación del penado que «pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria», de modo que en

imputable al penado, o cuando la actividad desarrollada no suponga trabajo productivo ni se enmarque en una relación laboral aunque la posibilidad exista, no procederá la inclusión en el Sistema, salvo disposición expresa en contrario¹⁹². Por supuesto, en caso de régimen abierto el desarrollo de una actividad protegida en el exterior conlleva indiscutiblemente la incorporación al Sistema¹⁹³.

Consideraciones similares cabe efectuar respecto de los menores que en el marco de la LO 5/2000 se encuentren sometidos a la ejecución de medidas de internamiento por haber cometido un acto delictivo. El art. 56.2.j) de esa LO 5/2000 considera que los menores internados tienen derecho «a una formación laboral adecuada, a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que pudieran corresponderles, cuando alcancen la edad legalmente establecida». El art. 39 de la Ley 53/2002 calificó esa relación laboral como de carácter especial, autorizando al Gobierno a efectuar las adaptaciones oportunas en materia de Seguridad Social. El RD 1774/2004 ha dado cumplimiento a ese mandato, remitiendo a la regulación sobre penados en instituciones penitenciarias por los evidentes paralelismos que existen entre ambas situaciones. Las peculiaridades que se han establecido, por cierto, no están relacionadas con la Seguridad Social, sino con las condiciones de trabajo.

Junto al trabajo productivo, el art. 27 LOGP comprende otras formas de trabajo en prisión¹⁹⁴. El art. 1.3 RD 782/2001 advierte que no constituyen relación laboral especial de penados «las diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios, tales como la formación profesional ocupacional, el estudio y la formación académica, las ocupacionales que formen parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento¹⁹⁵, las artesanales, intelectuales y artísticas y, en general, todas aquellas

ausencia de organización productiva en el centro penitenciario no se generaría ningún derecho de Seguridad Social *ex art. 25 CE.*

¹⁹² Vid. SAN de 4-11-2002 (JUR 25636/2003).

¹⁹³ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Incidencia de la prisión y el cumplimiento de penas sobre la relación de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 75 y ss.

¹⁹⁴ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 24-25.

¹⁹⁵ Vid. STS de 3-2-1997 (Ar. 972), que niega la existencia de contrato de trabajo entre la Administración Penitenciaria y un recluso que realizaba funciones de cocinero durante nueve horas y media diarias, consiguiendo por ello beneficios penitenciarios y una gratificación mensual del fondo de reclusos. *Obiter dicta* entiende que la misma solución procedería respecto de actividades en economatos y cafeterías. Precisamente acerca de la prestación de servicios en el economato, vid. STSJ del País Vasco de 26-1-1999 (AS 24). Sobre auxiliar de cocina, vid. STSJ del País Vasco de 5-9-2000 (JUR 40131/2001). Respecto de actividades de organización y control de actividades deportivas y servicios de mantenimiento

ocupaciones que no tengan naturaleza productiva», lo que las sitúa al margen del Sistema de Seguridad Social. Cabe recordar que el Decreto 573/1967 extendía la protección de la Seguridad Social a los trabajos no retribuidos de aprendizaje o formación en concepto de educandos, aunque únicamente en materia de riesgos profesionales¹⁹⁶; esa extensión no se ha mantenido con el RD 782/2001, y quedarán sin protección como regla general en consonancia con la exclusión del Sistema de las actividades en las que prima el elemento formativo¹⁹⁷. Evidentemente, será de aplicación el régimen jurídico correspondiente a la actividad formativa realizada¹⁹⁸, lo que podría implicar, en su caso, la inclusión en el Sistema (en el Régimen Especial de Estudiantes, por ejemplo).

En situación análoga se encuentran los reclusos en establecimientos militares, que al margen de las actividades de formación profesional —excluidas del Sistema salvo previsión expresa en contrario— pueden (y en cierta medida deben, pues se configura también como un derecho-deber) desarrollar un trabajo productivo, impregnado asimismo de carácter formativo. Esa prestación de servicios, a tenor del art. 23 RD 1396/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, determinará la inclusión en el Sistema, pero no en el Régimen General, sino en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos, en concreto en el previsto para las Fuerzas Armadas.

El art. 29.2 LOGP contempla otra clase de prestación personal, en la medida que exige a todo interno «contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento», mediante «las prestaciones personales necesarias» (art. 78.2 del Reglamento Penitenciario)¹⁹⁹. Este tipo de prestaciones personales no pueden equipararse a trabajos forzados, prohibidos constitucionalmente, en la medida que no atentan contra la dignidad del obligado, ni resultan desmesurados, ni cuentan con un carácter punitivo²⁰⁰. Se trata, en realidad, de prestaciones personales obligatorias justificadas «por la especial

como pintor, vid. STSJ de Andalucía/Granada de 23-10-2001 (JUR 26498/2002). Acerca de un auxiliar de jardinería, vid. STSJ de Cataluña de 14-1-1998 (AS 644). Un supuesto en el que el recluso realizaba prácticamente todas esas actividades en STSJ de Baleares 15-4-1997 (AS 1479).

¹⁹⁶ Vid. STS de 24-4-1982 (Ar. 2518) y SSTSJ del País Vasco de 17-12-1998 (AS 4997), de Cataluña de 14-1-1998 (AS 644).

¹⁹⁷ IX.1.

¹⁹⁸ Vid. arts. 55 y ss. LOGP.

¹⁹⁹ Aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

²⁰⁰ «La realización de las labores de limpieza de la celda y los elementos comunes se regula como una prestación personal obligatoria, conectada con necesidades de salubridad e higiene en los centros penitenciarios»; cfr. STC 27/2001, de 29 de enero, FJ 6º.

intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del Centro Penitenciario»²⁰¹.

Estas prestaciones personales obligatorias no están formalmente protegidas por el Sistema, a falta de norma expresa²⁰². Esa norma de inclusión se recogía en su día en el art. 192.5 RD 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento Penitenciario, hoy derogado por el RD 190/1996. A tenor de ese precepto, «los sectores laborales de servicios, mantenimiento o conservación de los Establecimientos dependerán a todos los efectos de la Administración Penitenciaria y serán considerados como prestaciones personales obligatorias o en régimen de trabajo productivo cuando la actividad laboral sea continua, con dedicación exclusiva y cumplimiento de la jornada laboral ordinaria, o a tiempo parcial cuando el trabajo a realizar así lo requiera». Sin embargo, ni el RD 190/1996 ni el RD 782/2001 consideran esas prestaciones como merecedoras de protección, al acoger una interpretación restrictiva de la expresión trabajo «directamente productivo» utilizada por el art. 27.2 LOGP²⁰³.

Esta exclusión de la prestación personal obligatoria de limpieza y mantenimiento se justifica no ya porque falte retribución, sino porque los accidentes o enfermedades que pudieran derivarse de esa actividad podrían ser calificados sin mucha dificultad como «domésticos». Si bien se mira, las prestaciones personales previstas en el Real Decreto Legislativo 2/2004 o en la normativa electoral cuentan con un ingrediente del que carecen las exigidas a los reclusos: la utilidad pública o social. Las tareas que se requieren al obligado en estos casos repercuten en él, le aportan una utilidad o provecho, pero no directamente o en atención a su persona, sino en cuanto miembro de la comunidad.

En cambio, las prestaciones de limpieza y mantenimiento a que están afectos los reclusos tienen como propósito lograr el «buen orden, limpieza e higiene del establecimiento». El centro penitenciario, no puede olvidarse, se convierte en el hogar del recluso, siquiera en sentido fáctico, donde habitará en tanto dure su condena de privación de libertad. Por elementales normas de salubridad y convivencia, los centros penitenciarios han de cumplir unas mínimas condiciones de higiene, y no resulta desproporcionado exigir a los reclusos que como usuarios o moradores asuman la responsabilidad de mantener el centro penitenciario en general, y su celda en particular,

²⁰¹ Vid. STC 116/2002, de 20 de mayo, FJ 5º.

²⁰² Vid. STSJ del País Vasco de 24-2-2004 (JUR 2004, 145634).

en condiciones habitables. Ilustrativo resultaba, a estos efectos, el art. 19 del ya derogado RD 690/1996²⁰⁴, cuando encomendaba a los condenados a la pena de arresto de fin de semana –pena suprimida por la LO 15/2003 y sustituida por la de localización permanente²⁰⁵ - el mantenimiento «en buen estado de la celda, efectuando las labores de limpieza y aseo de la misma antes de desalojarla»; y más si cabe el art. 57 g) LO 5/2000, sobre responsabilidad penal de los menores, que impone a los menores, con independencia de su edad, el deber de realizar «las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y la limpieza del mismo». Esas prestaciones obligatorias, por consiguiente, constituyen una manifestación peculiar de los quehaceres domésticos, de naturaleza distinta a otras prestaciones obligatorias, y que, por analogía con el trabajo en el propio hogar, deben quedar excluidas del Sistema de Seguridad Social.

Peculiaridades significativas presentan también los trabajos en beneficio de la comunidad, que se configuran como una prestación personal de «cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública»²⁰⁶. Los trabajos en beneficio de la comunidad derivan de la comisión de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible y constituyen una auténtica pena privativa de derechos²⁰⁷. Su naturaleza jurídica es indudablemente penal, ya que se configuran como una sanción substitutiva o bien de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa (art. 53 CP) o bien de las penas de prisión inferiores a dos años impuestas a reos no habituales cuando la privación de libertad pueda frustrar los fines de prevención y reinserción social de la pena (art. 88 CP)²⁰⁸. Esa naturaleza penal justifica que el régimen jurídico esté contenido en normas de esa rama del ordenamiento, como el art. 49 CP²⁰⁹ y el art. 7.1 j) LO 5/2000. Sin embargo, y en cierta medida, son una manifestación de la participación voluntaria en actividades de utilidad pública, puesto que, como advierte el art. 49 CP, los trabajos en

²⁰³ Vid. M.J. RODRÍGUEZ MESA, *La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias*, RDS, nº 16, 2001, pp. 56-58.

²⁰⁴ Derogación operada por el RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

²⁰⁵ Vid. C. BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho Penal Español. El Sistema de la parte general*, Tomo I, Volumen I, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 388-391.

²⁰⁶ Art. 2.a) RD 515/2005, de 6 de mayo.

²⁰⁷ Art. 33.3.k) y 33.4.h) CP, y art. 2.a) RD 515/2005.

²⁰⁸ Con anterioridad a la LO 15/2003 los trabajos en beneficio de la comunidad podían sustituir la pena de arresto de fin de semana, pero la citada norma suprimió esta pena; sobre la nueva regulación de los trabajos en beneficio de la comunidad, vid. J.M. LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 253-254.

beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, por lo que no tienen carácter forzoso. Ahora bien, su incumplimiento, una vez acordados, implica un quebrantamiento de condena con las consecuencias del art. 468 CP, al que expresamente remite el citado art. 49 CP²¹⁰.

Si el interesado acepta, deberá colaborar «en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas». Ese mismo art. 49 CP advierte que se trata de una «cooperación no retribuida», sin perjuicio de una eventual compensación por gastos²¹¹, de modo que esta actividad no puede ser calificada como trabajo asalariado, a pesar de que la deficiente redacción del art. 1 RD 782/2001 podría conducir a esa errónea interpretación²¹². En un sentido análogo, el art. 7.1.j) LO 5/2000 también permite que, con consentimiento del menor, los Jueces de Menores impongan como medida esas prestaciones en beneficio de la comunidad, que consisten igualmente en realizar actividades «de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad». El art. 20 RD 1774/2004 añade que esas actividades «estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor», «no podrán atentar a la dignidad del menor» y «no estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos».

La utilidad pública del trabajo, la notable mediatización de la voluntariedad -los preceptos citados utilizan expresiones como «imposición» u «obligación»- y la ausencia de retribución deberían suponer la exclusión de los trabajos en beneficio de la comunidad del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el art. 49 CP concede a quienes participen en trabajos en beneficio de la comunidad «la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social», previsión,

²⁰⁹ LO 10/1995, de 23 de noviembre.

²¹⁰ Vid. J.A. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 130 y ss.; J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *El trabajo en beneficio de la comunidad. Perspectivas jurídico-laborales*, REDT, nº 121, 2004, pp. 46 y ss.

²¹¹ «La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado el trabajo por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad, respetando, en todo caso, los términos del convenio con la Administración penitenciaria» (art. 6.3 RD 515/2005).

²¹² El art. 1 RD 782/2001 únicamente pretende dejar constancia del ámbito de aplicación de la propia norma, que se extiende a la relación laboral especial de penados y a la fijación de los derechos de Seguridad Social para los condenados a penas en beneficio de la comunidad; pero de un análisis estrictamente gramatical se deriva que el RD «regula la relación laboral de carácter especial [...] de quienes cumplen penas de trabajo en beneficio de la comunidad», exégesis insostenible, pues la relación laboral, común o especial, requiere la imprescindible concurrencia de la nota de retribución.

por cierto, reiterada en el ya derogado art. 11 RD 690/1996, que también declaraba aplicable «la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo». Pese al aparentemente nítido mandato de equiparación de derechos de Seguridad Social entre la relación laboral especial de penados y los trabajos en beneficio de la comunidad, el Sistema dispensa una protección muy inferior a esta clase de actividad, limitada a los accidentes sufridos en el desempeño de la misma, quizás porque la contempla como una prestación personal obligatoria²¹³.

En relación con los trabajos en beneficio de la comunidad realizados por menores de edad, el art. 20.4 RD 1774/2004 declara comprendidos en el Sistema a los menores que alcancen la «edad legal requerida», mientras que el resto debe disfrutar de cobertura frente a «los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación» por vías diferentes. La referencia a la «edad legal requerida» no incurre en *ultra vires*, pues la LO 5/2000 no exige necesariamente el acceso al Sistema de Seguridad Social de los menores que realicen trabajos en beneficio de la comunidad. En cualquier caso, no es sencillo determinar cuál es esa «edad legal requerida». La edad mínima para incurrir en responsabilidad penal, y por consiguiente, para ser sujeto activo de los trabajos en beneficio de la comunidad, son los catorce años²¹⁴. Sin embargo, la «edad legal requerida» no parece referirse a la capacidad o posibilidad de realizar trabajos en beneficio de la comunidad, sino más bien a los límites de acceso al Sistema de Seguridad Social por razón de edad.

En este sentido, el RD 1774/2004 opera una reducción formal del ámbito subjetivo del Sistema, pues hasta su entrada en vigor todo el que desarrollara un trabajo en beneficio de la comunidad, con independencia de su edad, tenía derecho al amparo de la Seguridad Social respecto de las contingencias profesionales en virtud del art. 22

²¹³ El art. 21 de la Ley 55/1999 habilitaba al Gobierno para regular «la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad», lo que parecía sugerir una limitación del alcance de la acción protectora. Ésa fue la opción del Ejecutivo, recogida en los arts. 22 y 23 del RD 782/2001. En esos preceptos, que podrían merecer reproche por incompatibilidad con el art. 49 CP, se declara la inclusión en el Sistema de quienes efectúen trabajos en beneficio de la comunidad, que deberán proceder al alta en el Régimen General. Sin embargo, y a diferencia de lo dispuesto por el art. 19 RD 782/2001 para el trabajo sujeto a la relación laboral especial (cuya acción protectora alcanza, amén de la asistencia sanitaria, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la IP, las prestaciones por muerte y supervivencia, la jubilación, así como el desempleo tras la liberación de prisión), la acción protectora en los trabajos en beneficio de la comunidad se limita a las «contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional» (art. 22 RD 782/2001); vid. L. HURTADO GONZÁLEZ, *La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 y en su ya tradicional Ley de "Acompañamiento"*, TL, nº 51, 1999, pp. 144-146; F. CAVAS MARTÍNEZ, *El contenido socio-laboral de las leyes de presupuestos y de acompañamiento para el año 2000*, AS, nº 22, 2000, pp. 18-20; E.A. GARCÍA SILVERO, *El RD 782/2001, de 6 de julio, como nuevo marco legal en la relación laboral de los penados*, AS, Tomo V, 2001, pág. 947.

RD 781/2001. El art. 20 RD 1774/2004 procede a la exclusión de quienes realicen esa actividad entre los catorce años (edad mínima de responsabilidad penal) y un momento indeterminado. Posiblemente, la intención del RD 1774/2004 ha sido la establecer dos tramos diferenciados, el primero que oscila entre los catorce y los dieciséis años, y el segundo entre los dieciséis años y la mayoría de edad, como se puede apreciar, por ejemplo, en el apartado 5 del art. 20 RD 1774/2004, referido a la jornada. En consecuencia, a partir del art. 20.4 RD 1774/2004 y del art. 22 RD 782/2001 podría inferirse que están excluidos del Sistema de Seguridad Social, si bien deben recibir algún tipo de protección a través de instrumentos diferentes, los menores de dieciséis años que realicen un trabajo en beneficio de la comunidad, mientras que están comprendidos en el Sistema, aunque únicamente a efectos de las contingencias derivadas de esa actividad, quienes realicen trabajos en beneficio de la comunidad habiendo cumplido los dieciséis años.

En fin, tampoco puede calificarse como trabajo asalariado, porque prima el elemento formativo como ingrediente de la reinserción social, la actividad que llevan a cabo los reclusos en talleres ocupacionales en los que conforme a los programas correspondientes establecidos por la Administración Penitenciaria competente o por la Junta de Tratamiento del Centro se elaboren productos destinados a la posterior venta. El art. 153 RD 190/1996 admite la posibilidad de que los reclusos reciban «incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios» por el desarrollo de ese trabajo, incentivos que se financian con los ingresos obtenidos de la venta de los productos (que también se destinan a la adquisición de nuevas materias primas para continuar con la fabricación). El carácter no retribuido y eminentemente formativo y resocializador de estos trabajos justifica que el apartado 4 del art. 153 RD 190/1996 excluya el nacimiento de relación laboral y expresamente advierta que no dan lugar a la inclusión en el Sistema de Seguridad Social²¹⁵.

5- Trabajo benévolo y no lucrativo

El modelo contributivo de Seguridad Social se define por incluir en su seno, casi exclusivamente, las actividades de carácter profesional. La profesionalidad implica

²¹⁴ Art. 1 LO 5/2000.

²¹⁵ Vid. J.M. TAMARIT SUMALLA y OTROS, *Curso de Derecho Penitenciario*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 301-302.

retribución por el desempeño de una tarea, pues es profesional, en la definición dada por el Diccionario de la RAE, la persona «que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive». Obviando la referencia criminal, no admite dudas que la profesionalidad presupone compensación económica; en su ausencia, la actividad carece de trascendencia ordinariamente para el Sistema de Seguridad Social, por más que se realice de forma voluntaria y mediando ajenidad y dependencia²¹⁶.

En este sentido, el art. 98.a) LGSS excluye del Régimen General los trabajos «que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad», exclusión de carácter declarativo²¹⁷. El art. 1.3 d) ET confirma que estas actividades no dan lugar a relación laboral, y comoquiera que estos trabajos no pueden ser calificados como actividad por cuenta propia (aunque se ejecuten sin dependencia falta el ánimo de lucro), funcional o estudiantil, ni se ostenta la condición de socio en una cooperativa, la exclusión del Sistema de Seguridad Social no admite dudas —a pesar de la deficiente ubicación sistemática del precepto—, incluso a efectos de accidente en el desempeño de la actividad²¹⁸.

El precepto de Seguridad Social (art. 98 LGSS) alude al carácter ocasional de los servicios, al contrario que el art. 1.3.d) ET. Ese carácter ocasional de los servicios constituye una característica clásica que hunde sus raíces en el art. 427 del Código de Trabajo de 1926, y sería después reiterado por las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944²¹⁹. La doctrina ha advertido que ese criterio, si no desfasado, sí al menos se encuentra en desuso²²⁰; no obstante, los tribunales menores han concedido cierto valor al carácter ocasional o habitual de la actividad, siquiera como indicio para estimar o excluir la existencia de relación laboral²²¹ o, desde una perspectiva más amplia, de profesionalidad²²². Como todo indicio, no resulta un elemento definitivo, pues los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad pueden extenderse durante años sin

²¹⁶ Vid. SSTSJ de la Rioja de 24-10-2000 (AS 4429) y de Asturias de 29-6-2001 (AS 1708).

²¹⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966, pág. 79.

²¹⁸ Vid. STCT de 15-11-1988 (Ar. 7596).

²¹⁹ Vid. STCT de 1-3-1989 (Ar. 1956).

²²⁰ Vid. J.L. TORTUERO PLAZA, "Artículo 98", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 993-994; J. GÁRATE CASTRO, *Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad*, RPS, nº 131, 1981, pp. 185-187.

²²¹ Vid. STS de 16-3-1988 (Ar. 2302), SSTCT de 26-11-1986 (Ar. 12464) y de 20-5 y 17-6-1987 (Ar. 10571 y Ar. 13466) y SSTSJ de Galicia de 3-2-1993 (AS 736), de Cataluña de 11-11-1994 (AS 4361), del País Vasco de 18-6-1996 (AS 3142), de Madrid de 5-7-1996 (RJCA 1000) y de Andalucía/Granada (dos) de 27-4-1998 (RJCA 1131 y 1296).

²²² Vid. STS (Cont-Adv.) de 27-5-1996 (Ar. 4495).

perder tal condición²²³, mientras que los trabajos excepcionales, ocasionales o esporádicos deben calificarse como asalariados si cumplen las cuatro notas²²⁴, ya que los servicios prestados pueden ser constitutivos de trabajo a tiempo parcial²²⁵.

De ello se deduce que entre la relación contractual laboral y la colaboración a título amistoso, benévolo o de buena vecindad existe únicamente una «difusa línea divisoria»²²⁶. La ausencia de retribución²²⁷ se presenta *a priori* como elemento definitivo²²⁸, sin perjuicio de la percepción de alguna cantidad como compensación por gastos o donación remuneratoria²²⁹. Es claro que si media compensación económica rige como pauta la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 ET, en virtud de la cual el contrato de trabajo «se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución»; el trabajo amistoso, por tanto, cuenta con carácter excepcional²³⁰, aunque se requiere una comprobación casuística²³¹. Deben ser las propias partes, y fundamentalmente quien se beneficie del servicio, las que destruyan esa presunción²³², pues de lo contrario se presume que ese trabajo es asalariado y resulta obligatoria la incorporación al Sistema de Seguridad Social²³³. La presunción del art. 8.1 ET no entra en juego si no hay indicios de laboralidad²³⁴, situación que acontece,

²²³ Vid. SSTCT de 28-3-1984 (Ar. 2852); en sentido contrario, vid. STS de 17-5-1982 (Ar. 3385).

²²⁴ Vid. STS de 20-6-1991 (Ar. 5056) y STSJ de Galicia de 24-1-2001 (JUR 82725).

²²⁵ Vid. M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El contrato de trabajo a tiempo parcial inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes*, Tribuna Social, nº 58, 1995, pp. 34-35.

²²⁶ Vid. M. ALONSO OLEA, "Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares", REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 83 y ss.

²²⁷ Vid. G. BAYÓN CHACÓN, *El contrato de intercambio de servicios*, Revista de Derecho del Trabajo, nº 21, 1957, pág. 35.

²²⁸ Vid. SSTTS de 27-6-1984 (Ar. 3963), de 18-10-1985 (Ar. 5165) y de 23-5 y 20-6-1991 (Ar. 4197 y Ar. 5056), SSTCT de 23-6-1983 (Ar. 6032) y 10-2-1987 (Ar. 2791) y STSJ de Madrid de 16-3-1993 (AS 1422).

²²⁹ Vid. SSTTS (Cont-Adv.) de 20-1-1987 (Ar. 2733), de 19-1-1994 (Ar. 304) y de 11-7-1997 (Ar. 6218) y STCT de 18-6-1985 (Ar. 4066).

²³⁰ Y por ello no es susceptible de interpretación extensiva conforme al art. 4.2 CC; vid. SSTSJ de Galicia de 3-2-1993 (AS 736), de Cataluña de 13-11-1995 (AS 4454), de Madrid de 28-1-2002 (JUR 234578) y de Castilla-La Mancha de 16-4-2003 (JUR 159726).

²³¹ Vid. STS (Social) de 7-12-1988 (Ar. 9338), SSTTS (Cont-Adv.) -dos- de 2-5-1995 (Ar. 4172 y Ar. 4173) y STSJ del País Vasco de 20-2-2001 (AS 429).

²³² Vid. STCT de 4-7-1986 (Ar. 5633), SSTTS de 21-1-1941 (Ar. 47), de 14-10-1978 (Ar. 3119), de 21-7-1992 (Ar. 6245) y de 25-2-1997 (Ar. 1225), SSTCT de 23-2-1984 (Ar. 1684), de 18-6-1986 (Ar. 4596) y de 28-1-1987 (Ar. 1687), y SSTSJ de Galicia de 3-2-1993 (AS 736) y de 30-7-2003 (JUR 16985), de Cataluña de 27-4-2000 (AS 5734) y de Andalucía/Granada de 13-5-2002 (JUR 198769).

²³³ La jurisprudencia ha exigido prueba fehaciente de la relación laboral, descartando el recurso al art. 8.1 ET, cuando la calificación como trabajo asalariado es presupuesto previo para la imposición de una sanción; en este sentido, el TS ha estimado que la presunción de inocencia obliga a adoptar esa solución cuando de algún indicio se pueda inferir que la actividad ha podido ser realizada a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, incluso aunque esos sentimientos no se profesen a quien recibe la prestación sino a un tercero; vid. STS (Cont-Adv.) de 6-7-2002 (Ar. 7917).

²³⁴ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11-6-2001 (JUR 247690).

por ejemplo, cuando no se ha probado la existencia de retribución²³⁵; a la postre, el art. 8.1 ET no contiene una auténtica presunción desde el momento que requiere la concurrencia de todos los elementos que configuran un contrato de trabajo²³⁶.

La prueba es compleja cuando el objetivo consiste en acreditar que los servicios se prestaban de forma amistosa o benévola²³⁷, y se convierte en diabólica si la relación es prolongada²³⁸, porque quien «no rehúsa una prestación de trabajo hecha en su favor, sigue una conducta inequívoca o tiene un comportamiento concluyente de que el contrato de trabajo nace»²³⁹. La ausencia de retribución se convierte en estas zonas grises, por razones meramente prácticas, en el elemento preponderante de juicio, y no en un mero indicio, función a la que habría de limitarse. La retribución supera su condición natural de objeto del contrato trabajo, la consecuencia jurídica necesaria de la voluntaria prestación de servicios por cuenta ajena y de forma dependiente, y se convierte en el presupuesto básico de nacimiento del contrato, lo que altera el proceso lógico, y jurídicamente más adecuado, genera inseguridad jurídica en la calificación del vínculo y alimenta las posibilidades de fraude²⁴⁰.

La retribución no puede erigirse en referente único, pues ello podría suponer un fraude a la normativa laboral. No en vano, es frecuente que se desempeñe un auténtico trabajo asalariado que debería haberse compensado, aunque todavía no se haya procedido a cumplir esa obligación²⁴¹. En consonancia, «ha de presumirse la percepción de retribución por parte de quien presta servicios en régimen de dependencia»²⁴², pues «lo anómalo, lo excepcional y extraordinario, y así aparece, como supuesto de exclusión

²³⁵ Vid. STS (Cont-Adv.) de 24-9-1996 (Ar. 6795).

²³⁶ Por todos, vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pp. 802 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 281 y ss.; L. MELLA MÉNDEZ, *Sobre la presunción de laboralidad*. STSJ Madrid de 25 enero 2000, AL, nº 5, 2001, pp. 365 y ss. No obstante, hay quien defiende que el art. 8 ET «conceptúa retribuible todo trabajo que se preste a otro»; cfr. G. DIÉGUEZ CUERVO y J. CABEZA PEREIRO, *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 34.

²³⁷ Vid. SSTSJ de Madrid de 1-7-1997 (AS 1216) y de 30-12-1997 (AS 4593).

²³⁸ Vid. STSJ de Murcia de 26-7-1999 (AS 5994). Menos estricta se muestra la STSJ de Castilla-La Mancha de 3-4-2000 (RJCA 1125).

²³⁹ Vid. STS de 16-2-1990 (Ar. 754).

²⁴⁰ Vid. P. BENLLOCH SANZ, *La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral*, AS, nº 1, 2004, pp. 43 y ss.; E. REVILLA ESTEVE, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 95 y ss.; M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Trabajo de voluntariado», en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 86 y ss.

²⁴¹ Vid. STSJ de Madrid de 30-12-1997 (AS 4593).

del contrato laboral, en el art. 1.3.d) ET, es la gratuidad y el carácter amistoso o de benevolencia»²⁴³. Es menester efectuar un análisis casuístico, tomando en consideración todos los datos relevantes de un supuesto concreto en orden a determinar si las partes pretendieron constituir «una situación jurídica ajena al ámbito laboral, en cuanto predominan en la misma, con mucho, los matices de la colaboración amigable y desinteresada sobre los factores determinantes de las recíprocas obligaciones contractuales de trabajar y de retribuir el trabajo»²⁴⁴. Cuando se prueba, por tanto, una relación prolongada de amistad o ayuda mutua puede romperse la presunción de laboralidad²⁴⁵, al igual que en el caso de una colaboración puntual destinada al buen desarrollo de un evento, como puede ser la participación en un festejo popular²⁴⁶.

Sobre estos parámetros, se ha llegado a calificar como trabajo amistoso o benévolo el realizado voluntariamente y sin retribución, aunque la intención futura de las partes pudiera ser la constitución de una auténtica relación laboral para desarrollar las mismas tareas²⁴⁷. Esas situaciones, aunque no encajan perfectamente, se encuentran más próximas a la figura del precontrato²⁴⁸. La colaboración no se realiza de manera completamente desinteresada, ya que se ha generado una expectativa más o menos razonable, por el aparente interés de ambas partes, de convertir el “altruismo” en relación de trabajo²⁴⁹. Esta clase de supuestos resultan peculiares desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social: por un lado, su calificación como trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad no resulta completamente satisfactoria por el elemento volitivo compartido, que prácticamente supone un pacto implícito; por otro, esos servicios, aunque prestados no por la promesa, sino por la esperanza, de un futuro contrato, no implican relación laboral, y quedan por tanto excluidos del Sistema de Seguridad Social²⁵⁰.

²⁴² Cfr. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30-9-2004 (JUR 74806).

²⁴³ Cfr. SSTs de 21-10-1988 (Ar. 7735) y de 20-10-1989 (Ar. 6987) y SSTSJ de Galicia de 28-2-1997 (RJCA 484) y de Cantabria de 27-1-2003 (JUR 128379).

²⁴⁴ Cfr. STCT de 18-6-1985 (Ar. 4066); en el mismo sentido, vid. STS de 4-7-1988 (Ar. 5739).

²⁴⁵ Vid. STS de 11-7-1997 (Ar. 6218) y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 7-6-2001 (JUR 1675) y del País Vasco de 28-1-2003 (AS 1495).

²⁴⁶ Vid. STSJ de Extremadura de 12-7-2000 (JUR 272115).

²⁴⁷ Vid. STSJ de Andalucía/Málaga de 5-12-2003 (JUR 36381).

²⁴⁸ Vid. SSTs de 9-3-1984 (Ar. 1544), 23-5 y 30-10-1988 (Ar. 4271 y Ar. 8183) y de 15-3-1991 (Ar. 4167), entre otras.

²⁴⁹ «*De l'oeuvre charitable à l'exploitation de la misère ou de la crédulité humaine, il n'y a souvent qu'un pas*»; cfr. J. PÉLISSIER, A. SUPIOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Vigésima Edición, Dalloz, 2000, pág. 162.

²⁵⁰ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 466.

Como advertía el TCT²⁵¹, en una doctrina que todavía comparten algunos tribunales menores²⁵², habrá trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad incluso aunque medien compensaciones económicas por los servicios prestados²⁵³, especialmente cuando se trate de una compensación por gastos²⁵⁴ o «pequeñas indemnizaciones, gratificaciones no significativas, entregas dinerarias ocasionales o propinas»²⁵⁵, siempre que concurren circunstancias que en una valoración global permitan inferir razonablemente que no existe contrato de trabajo²⁵⁶. En consecuencia, no hay una regla universal –aunque una retribución regular²⁵⁷, en metálico o no²⁵⁸, «por módica que ésta sea»²⁵⁹, resulta un elemento prácticamente decisivo²⁶⁰ (que no imprescindible)²⁶¹, y más cuando se acompaña de un horario de trabajo estable²⁶² y unas obligaciones fijas²⁶³-, y sí supuestos dudosos²⁶⁴, sobre todo cuando esos servicios amistosos^h, benévolos o de buena vecindad se prestan en el hogar familiar.

Es claro que la colaboración desinteresada en el hogar no se articula a través de un contrato de trabajo²⁶⁵, pero en el marco de una verdadera relación laboral especial de servicio doméstico se establecen ciertos vínculos de confianza cuya separación de la amistad o benevolencia resulta si cabe más compleja²⁶⁶. La relación de amistad previa ha sido el argumento utilizado en ocasiones para excluir la laboralidad en estos supuestos²⁶⁷, así como el matrimonio²⁶⁸. La dependencia, por supuesto, es decisiva para

²⁵¹ Vid. STCT de 18-6-1985 (Ar. 4066).

²⁵² Entre muchas otras, vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga 31-12-1993 (AS 5172), del País Vasco de 31-5-1996 (AS 3137) y de Cataluña de 6-2-1997 (AS 1823).

²⁵³ No constituye relación laboral la tarea consistente en «repartir alguna que otra carta o notificación en plan de favor y recibiendo por ello alguna pequeña cantidad»; cfr. STS de 8-2-1988 (Ar. 787).

²⁵⁴ Vid. STSJ de Extremadura de 30-3-1994 (AS 1033), 16-6-1995 (AS 2452) y 2-3-1998 (AS 933).

²⁵⁵ Si se reciben cantidades que excedan de esas pequeñas gratificaciones cabe pensar en una actividad profesional, sea por cuenta propia o ajena; vid. STS de 18-10-1985 (Ar. 5165) y STSJ del País Vasco de 18-6-1996 (AS 3142).

²⁵⁶ Vid. STS de 14-6-1995 (Ar. 4657) y STCT de 18-6-1985 (Ar. 4066).

²⁵⁷ Vid. STCT de 30-10-1981 (Ar. 6247) y STSJ de Madrid de 20-2-1992 (AS 1032).

²⁵⁸ Vid. STS de 26-7-1988 (Ar. 5929) y SSTCT de 22-2-1982 (Ar. 1035) y 9-1-1989 (Ar. 294).

²⁵⁹ Cfr. STS de 17-5-2002 (Ar. 7028); en el mismo sentido, vid. SSTCT de 23-6-1983 (Ar. 6032) y de 18-6-1986 (Ar. 4596).

²⁶⁰ Vid. SSTCT de 30-10-1981 (6250), de 8-9-1983 (Ar. 7376), de 6-12-1984 (Ar. 9377) y de 1-7-1987 (Ar. 14746).

²⁶¹ Vid. STS de 15-4-1997 (Ar. 3177).

²⁶² Vid. SSTCT de 26-5-1982 (Ar. 3128), de 6-12-1984 (Ar. 9377) y de 21-7-1987 (Ar. 16545).

²⁶³ Vid. STSJ del País Vasco de 31-5-1996 (AS 3137) y STCT de 30-10-1981 (Ar. 6247).

²⁶⁴ Cfr. SSTSJ de Madrid de 4-6-1999 (AS 1957) y de 25-6-1998 (AS 2602) y de Galicia de 3-2-1993 (AS 736).

²⁶⁵ Art. 2.1.c) RD 1424/1985.

²⁶⁶ En palabras de la STC 79/1991, de 15 de abril, en la actividad laboral del servicio doméstico «la *bona fides* se exige de manera muy especial, siendo imprescindible que se tenga en el trabajador la mayor confianza posible».

²⁶⁷ Vid. STCT de 10-3-1987 (Ar. 5287) y STSJ de Cataluña de 29-6-1998 (AS 6427).

²⁶⁸ Vid. STS (Cont-Adv.) de 20-1-1987 (Ar. 2733).

configurar la relación como laboral, pues si quien presta servicios no está sometido a órdenes e instrucciones de quien los recibe no nacerá el contrato de trabajo²⁶⁹, lo que provocará la exclusión del Sistema, salvo que tal actividad pudiera ser considerada como trabajo autónomo desarrollado habitualmente y con ánimo de lucro.

Por su parte, la discapacidad o deficiencias de quienes prestan servicios no implican necesariamente el carácter amistoso, benévolo o de buena vecindad de las tareas ejercitadas, que pueden constituir igualmente trabajo asalariado²⁷⁰. Ahora bien, si constituye indicio de amistad, benevolencia o de buena vecindad el trabajo que, aun realizado con la aquiescencia de otra persona, no resulta de utilidad alguna para ésta²⁷¹ o no le supone beneficio económico²⁷². En consecuencia, si el servicio prestado es de «indispensable necesidad» para que quien lo recibe continúe con su actividad productiva²⁷³, o al menos de tal relevancia o intensidad que incluso obliguen a descuidar las propias obligaciones del prestador²⁷⁴, no cabrá calificar el trabajo de amistoso, benévolo o de buena vecindad. No se olvide que esa colaboración voluntaria puede ser solicitada por las propias Administraciones Públicas, como refleja el art. 18.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, al considerar como derecho y deber de los vecinos el de participar en la gestión municipal «cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal»²⁷⁵.

En muchas ocasiones esa amistad, benevolencia o buena vecindad deriva de la relación de parentesco o cuasifamiliar que une a las partes²⁷⁶, o de una relación sentimental²⁷⁷, y se traduce en una colaboración con quien efectivamente desarrolla un trabajo asalariado²⁷⁸. En este sentido, los tribunales han calificado como servicios amistosos o benévolos –ya no de buena vecindad- la colaboración de la pareja de hecho en el negocio del otro conviviente. Es claro que si quien colabora es el cónyuge esa

²⁶⁹ Vid. STCT de 28-2-1989 (Ar. 1471).

²⁷⁰ Vid. STCT de 11-3-1980 (Ar. 1491).

²⁷¹ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 4-10-2003 (JUR 206510).

²⁷² Vid. STSJ de Cataluña de 14-3-2001 (AS 2020).

²⁷³ Vid. STCT de 18-3-1987 (Ar. 6133).

²⁷⁴ Vid. STCT de 13-2-1986 (Ar. 882).

²⁷⁵ Vid. STSJ de Extremadura de 25-9-2004 (JUR 56036).

²⁷⁶ Vid. STS de 18-9-1997 (Ar. 6387), SSTCT de 13-3-1981 (Ar. 1796), de 10-6-1986 (Ar. 4204), de 20-2-1987 (Ar. 3682) y de 17-1 y 7-2-1989 (Ar. 582 y Ar. 1348) y SSTSJ de Murcia de 29-3-1996 (AS 584), de Cataluña de 20-4-2000 (AS 5691) y de la Comunidad Valenciana de 5-4 y 9-11-2001 (AS 2046 y 92372).

²⁷⁷ Vid. SSTCT de 13-4-1981 (Ar. 2655), de 15-12-1987 (Ar. 28253), 3-11-1988 (Ar. 7318), 13 y 17-1 y 22-5-1989 (Ar. 567, Ar. 578 y Ar. 3555).

²⁷⁸ Vid. STCT de 18-4-1989 (Ar. 2862) y STSJ de Galicia de 15-9-2001 (JUR 315318).

actividad se incardina en el trabajo familiar y no en el amistoso o benévolo²⁷⁹, por lo que, como tal trabajo familiar, y sin prueba del carácter asalariado, sólo merecerá la protección del Sistema si se desarrolla con habitualidad. Sin embargo, la colaboración del conviviente de hecho presenta connotaciones diferentes. Ante la dificultad para calificar esta situación como trabajo asalariado -no suelen concurrir las notas de ajenidad y retribución-, o como trabajo familiar -no hay matrimonio ni el grado de parentesco exigido por los arts. 1.3 e) ET y 7.2 LGSS²⁸⁰-, se ha optado en ocasiones por encajar estos supuestos en los trabajos amistosos o benévolos²⁸¹.

La convivencia y colaboración económica en gastos comunes de los convivientes de hecho parecen determinantes en la calificación²⁸². Si no se produce esa circunstancia, se estaría desarrollando un trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena. por lo que la eventual compensación económica conllevaría la existencia de relación laboral. En presencia de convivencia y ayuda mutua, el conviviente de hecho que colabora con su pareja obteniendo los ingresos para el sostenimiento de ambos realiza una actividad por cuenta propia, que desarrollada con carácter habitual, lo que no resulta extraño, implica la obligatoria incorporación al Sistema de Seguridad Social. En realidad, no parece necesario que además de la convivencia —entendida como comunidad patrimonial (económica o alimenticia)- deba acreditarse una relación de afectividad análoga al matrimonio, sino meramente que de esa actividad común se obtiene un beneficio económico conjunto o indistinto. El ánimo de lucro convierte a la actividad en profesional, y el ejercicio esporádico o habitual de la misma provocará el ingreso o expulsión del Sistema de quien la realiza.

Es menester determinar la naturaleza y finalidad de las cantidades entregadas a quien presta servicios, ya que si obedecen a razones ajenas a la ayuda que se presta la profesionalidad en el desempeño del trabajo estará ausente²⁸³. En último extremo, el carácter benévolo de los servicios no se deriva del «hecho de haberse iniciado en virtud de una relación amistosa, sino con independencia de tal dato, del hecho de provenir de una intención humanitaria, filantrópica, y en todo caso desinteresada y ajena a todo móvil lucrativo»²⁸⁴. Por ello, ese tipo de relación amistosa, benévola o de buena

²⁷⁹ Aunque en alguna ocasión el TS lo ha calificado de tal forma; vid STS de 24-10-1988 (Ar. 10109).

²⁸⁰ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 3-2-1998 (AS 5209).

²⁸¹ Vid. STSJ de Galicia de 26-5-1992 (AS 2774).

²⁸² La existencia de libretas de ahorro a las que se puede acceder indistintamente es un dato a valorar; vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 2-7-1998 (AS 2986).

²⁸³ Vid. STS de 26-10-1987 (Ar. 7191).

²⁸⁴ Cfr. STCT de 12-7-1982 (Ar. 4344).

vecindad puede tener lugar entre un empresario y un trabajador, siempre que éste preste su ayuda o colaboración para la realización de tareas ajenas a la actividad de la empresa, fuera del horario laboral y de las dependencias empresariales²⁸⁵. En la misma línea, constituye un trabajo de esa índole el realizado por «una vecina de un muy pequeño núcleo de población [que] asume la realización de algunas tareas en beneficio de los vecinos del pueblo»²⁸⁶. En cualquiera de los casos, los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad no justifican el ingreso en el Sistema de Seguridad Social²⁸⁷ porque no constituyen una de las actividades protegidas²⁸⁸.

Próximo al trabajo benévolo es el trabajo a la par, transcripción de la expresión francesa *au pair*, que supone «la acogida temporal, en una familia y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en el que son acogidos»²⁸⁹. Coherentemente, esa actividad será desarrollada en España por extranjeros, lo que explica una previsión expresa en la LOE, en concreto en su art. 33.5, que remite al derecho internacional. La norma de referencia es el Acuerdo del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1969 -Acuerdo Europeo sobre la Colocación «*Au Pair*», hecho en Estrasburgo²⁹⁰, en el que se define esa actividad como un intercambio de servicios a cambio de manutención, alojamiento y una compensación por gastos²⁹¹.

²⁸⁵ Vid. STSJ de Asturias de 4-4-2003 (JUR 203665).

²⁸⁶ Cfr. STSJ de Castilla y León/Burgos de 12-11-1992 (AS 5350).

²⁸⁷ Y quien los realiza no es considerado sujeto causante de prestaciones de muerte y supervivencia; vid. STSJ de La Rioja de 30-12-2003 (AS 75106).

²⁸⁸ Ello no significa que resulten completamente irrelevantes. La habitual indiferencia del Sistema ante el ejercicio de esta clase de actividades se torna en especial atención desde la perspectiva del mantenimiento de la condición de beneficiario, aunque en una dimensión negativa. Todo trabajo, retribuido o no, conlleva un esfuerzo físico y psíquico de mayor o menor intensidad, una actuación personal que podría dar lugar a una incompatibilidad con determinadas prestaciones, provocando su extinción, y eventualmente una posible sanción. En particular, si el beneficiario de la prestación sufre una alteración de la salud que disminuya su capacidad laboral –IT o IP– y realiza a su vez una actividad teóricamente incompatible, el carácter amistoso o benévolo de ésta no debería ser obstáculo para el comienzo del oportuno proceso de revisión de estado, sin perjuicio de las sanciones que eventualmente procedan, ya sean administrativas, o ya incluso disciplinarias ante una posible vulneración de la buena fe contractual; vid. STS de 3-2-1987 (Ar. 769) y STSJ del País Vasco de 14-3-1994 (AS 965).

²⁸⁹ Cfr. art. 2 del Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969.

²⁹⁰ Fue ratificado por España en Instrumento de 24 de junio de 1988 (BOE de 6 de septiembre). Además de España, también lo han ratificado Dinamarca, Francia, Italia y Noruega.

²⁹¹ Vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 165-167; F. PEDRAJAS PÉREZ, “Derecho al trabajo (art. 10)”, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 177-178.

Se produce, en consecuencia, un intercambio al margen del contrato de trabajo, una relación de «colaboración y convivencia familiar»²⁹². En la relación *au pair* está ausente la retribución, y faltarían tanto el objeto como la causa del contrato de trabajo²⁹³, ya que el propósito de los servicios prestados no es el lucro económico, ni siquiera la formación profesional, sino el enriquecimiento personal que supone el conocimiento de otra lengua y/o cultura²⁹⁴. Los servicios se prestan no como un fin en sí mismos, sino como medio para la consecución de otros objetivos, muy diferentes a la remuneración por la actividad desarrollada. En este sentido, resulta significativo que el art. 33.5 LOE sitúe la relación *au pair* en el marco de la regulación relativa a estudiantes.

A la misma conclusión conduce el art. 2.2 del RD 1424/1985. Ese precepto recoge una presunción *iuris tantum* –para evitar que bajo la apariencia de trabajo *au pair* se encubra una auténtica relación laboral-²⁹⁵ a favor del carácter no asalariado del trabajo a la par, entendiendo por tal las relaciones de colaboración y convivencia familiar mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas o algún otro servicio para el hogar familiar, siempre y cuando se realicen con carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos²⁹⁶.

La ausencia de profesionalidad en el trabajo a la par implica su exclusión del Sistema de Seguridad Social español, ya se desarrolle por españoles en el extranjero –no hay emigración ni desplazamiento de trabajadores-, ya se realice por extranjeros en España. Así lo reconoce el Acuerdo Europeo de 1969, aunque su art. 10 contempla la posibilidad de una eventual incorporación a los mecanismos públicos de protección social, y por ello insta a las partes firmantes a que enumeren los beneficios que dispensará su ordenamiento a quien trabaja a la par cuando sea víctima de enfermedad o accidente o bien deba afrontar las consecuencias de la maternidad. No obstante, prevé a

²⁹² Cfr. J. LUJÁN ALCARAZ, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 49.

²⁹³ Vid. J. CABRERA BAZÁN, *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, AKAL, Madrid, 1981, pp. 78 y ss.; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, Revista de Trabajo, nº 6, 1961, pp. 1890-1892; M.D. GARCÍA VALVERDE, *Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial*, DL, nº 45, 1995, pp. 119 y ss.

²⁹⁴ Vid. R. QUESADA SEGURA, *La distinción entre la colocación «au pair» y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas*, AS, nº 4, 1999, pp. 19-23.

²⁹⁵ Vid. L. LÓPEZ CUMBRE, *La relación especial del servicio del hogar familiar*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pág. 156.

continuación que esa cobertura de riesgos puede tener lugar por la vía de la incorporación a la Seguridad Social pública, o bien mediante la contratación de un seguro privado²⁹⁷.

La posible, admisible y real -en el caso español- exclusión del Sistema de Seguridad Social deriva en la imposibilidad de convertirse en sujeto causante de prestaciones económicas, si bien el Anexo I del Acuerdo Europeo²⁹⁸, en esa enumeración de beneficios, concede a quienes desempeñen esa actividad en España derecho a la asistencia sanitaria, que se traduce en la hospitalización ante las situaciones de enfermedad, maternidad o accidente, acompañada de las prestaciones médicas o farmacéuticas requeridas en cada caso. La Recomendación de la Comisión 85/64/CEE, de 20 de diciembre de 1984²⁹⁹, considera necesario establecer una regulación completa del trabajo a la par a nivel de la UE, lo que todavía no ha tenido lugar. En su defecto, recomienda a los Estados Miembros la suscripción del Acuerdo del Consejo de Europa para garantizar unos mínimos³⁰⁰. Conviene recordar que muchos Estados elaboran programas especiales para facilitar la entrada a jóvenes de otros países con el deseo de desarrollar un trabajo a la par³⁰¹.

6- En especial, el trabajo de voluntariado o para organizaciones no lucrativas

El trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad cuenta con referencias legales, pero son alusiones de carácter residual, destinadas principalmente a clarificar el alcance de la legislación laboral, aunque también la LGSS le dedica un apartado [art. 98 a) LGSS]. En los últimos años, no obstante, una modalidad de ese tipo de trabajos, el llamado voluntariado, ha ido adquiriendo progresivamente carta de naturaleza, hasta el punto de merecer regulación específica. Se ha convertido en una institución con

²⁹⁶ Vid. SSTSJ de Madrid de 25-3-1993 (AS 1454), de Castilla y León/Burgos de 18-2-1999 (AS 628), de Castilla y León /Valladolid de 22-5-2000 (AS 2553) y de Andalucía/Granada de 17-9-2001 (JUR 326942).

²⁹⁷ Los servicios como *au pair* podrían ser valorados para ostentar la condición de emigrante retornado a efectos de protección por desempleo, pero es necesario probar que esa actividad era considerada relación laboral -o actividad protegida por el sistema de Seguridad Social- en el país de acogida y se cotizaba por ella; vid. STSJ de Galicia de 30-1-2001 (JUR 83256).

²⁹⁸ Contenido en la Resolución de 15-6-1989 (BOE de 27 de junio).

²⁹⁹ DOCE n° L 024 de 29-1-1985.

³⁰⁰ Vid. R. QUESADA SEGURA, "El trabajo *au pair*: entre la laboralidad y la tutela extralaboral", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 315 y ss.

identidad propia que ha desbordado el marco del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad³⁰². El régimen jurídico del voluntariado se encuentra recogido en la Ley 6/1996, de 15 de enero, sin perjuicio de que las CCAA hayan aprobado también normas reguladoras para su ámbito territorial y competencial³⁰³. Por su parte, el art. 37 Ley 23/1998, de 7 de julio, contempla la figura de los «voluntarios de cooperación para el desarrollo», que «estarán vinculados a la organización en la que presten sus servicios por medio de un contrato no laboral» (apartado 3), y por ello excluidos del Sistema de Seguridad Social, a salvo de lo que pudiera resultar de un futuro Estatuto del Cooperante³⁰⁴. El voluntariado, al igual que el resto de formas de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad, no constituye una actividad profesional de las referidas en el art. 7 LGSS ni ha sido objeto de asimilación.

La tradicional exclusión del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad de las normas laborales y de Seguridad Social se explicaba por su propia naturaleza, en la medida que no era más que una manifestación de la ayuda esporádica u ocasional que se prestaba a un pariente, vecino o amigo que en un momento dado lo requería. El vínculo de afectividad entre las partes justificaba esa exclusión. Aunque continúe *extra* muros de la legislación laboral, la prestación altruista de un servicio de manera continuada -

³⁰¹ Más información en las siguientes direcciones web: www.interclass.es/pdf/2004/1-AU-PAIR%20Y%20DEMI-PAIR.pdf o http://www.icanguero.com/aupair_cangu.asp.

³⁰² Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 26-30; L. MENGHINI, *Le novità in tema di lavoro gratuito*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, nº 1, 2005, pp. 19 y ss.; J. MURILLO MARINAS, *Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral*, RTSS, nº 1, 1991, pp. 123 y ss.; M.M. RUIZ CASTILLO, *El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del Derecho del Trabajo*, RDS, nº 30, 2005, pp. 17 y ss.; J.M. ALMANSA PASTOR, *Caracterización jurídica de la actividad y de la organización del Voluntariado de Acción Social*, RSS, nº 18, 1983, pp. 91 y ss.; INSTITUTO DE ESTUDIOS DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, *El voluntariado. Una primera aproximación*, RSS, nº 14, 1982, pp. 193 y ss.; J.I. GARCÍA NINET, *Régimen jurídico del personal voluntario*, RSS, nº 18, 1983, pp. 127 y ss.; G. ROSSI y L. BOCCACIN, *¿Qué es el voluntariado?*, RMTAS, nº extraordinario, 2001, pp. 19 y ss.; G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 196 y ss.; S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, "Trabajo voluntario como posible forma de empleo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 186 y ss.; N. DE NIEVES NIETO, *Voluntariado y empleo en el tercer sector*, RMTAS, nº 33, 2001, pp. 279 y ss.; M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, Justicia Laboral, nº 14, 2003, pp. 13 y ss.

³⁰³ Vid. Ley del Principado de Asturias 10/2001, de 12 de noviembre; Ley de la Junta de Andalucía 7/2001, de 12 de julio; Ley de la Comunidad Valenciana 4/2001, de 19 de junio; Ley de Galicia 3/2000, de 22 de diciembre; Ley del País Vasco 17/1998, de 25 de junio; Ley de Baleares 3/1998, de 18 de mayo; Ley de Canarias 4/1998, de 15 de mayo; Ley de la Rioja 7/1998, de 6 de mayo; Ley Foral de Navarra 2/1998, de 27 de marzo; Ley de Extremadura 1/1998, de 5 de febrero; Ley de Castilla-La Mancha 4/1995, de 16 de marzo; Ley de la Comunidad de Madrid 3/1994, de 19 de mayo; Ley de Aragón 9/1992, de 7 de octubre.

³⁰⁴ El art. 38.2 Ley 23/1998 dispone que «se regulará el Estatuto del Cooperante, en el que se fijarán, entre otros aspectos, sus derechos y obligaciones, régimen de incompatibilidades, formación, homologación de los servicios que prestan y modalidades de previsión social».

casi permanente- se ha generalizado en los últimos tiempos, y, lo que resulta novedoso, esa ayuda no es solicitada al prestador, al menos directamente, por quien la necesita, ni el prestador conoce en muchas ocasiones al destinatario³⁰⁵. Es una manifestación de benevolencia, entendida como actitud que «descansa sobre un sentimiento que afecta a una colectividad más o menos amplia, o amplísima, incluida la totalidad de las personas, todo el género humano»³⁰⁶; esta «benevolencia organizada»³⁰⁷ constituye, a la postre, una forma de trabajo solidario³⁰⁸, entendida la solidaridad como una actitud de apoyo activo hacia los problemas de los más necesitados³⁰⁹.

La diferencia entre el voluntariado y los tradicionales trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad estriba, por un lado, en la institucionalización del primero o, mejor, en su programación, y, por otro, en su objeto. En cuanto a la programación, el apartado d) del art. 2.1 Ley 6/1996 exige que las actividades de voluntariado «se desarrollen a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos», planificación inexistente para los ejemplos más tradicionales de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad. Se explica sin dificultad, por tanto, que el art. 2.2 Ley 6/1996 excluya del concepto de voluntariado «las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad», porque el voluntariado, prácticamente por definición, exige una participación prolongada, incluso con la necesidad de realizar tareas diariamente durante un período indeterminado. Respecto de su objeto, el art. 2.1 Ley 6/1996 advierte que el voluntariado es un «conjunto de actividades de interés general»³¹⁰, lo que marca una línea divisoria evidente con los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, normalmente de interés particular por

³⁰⁵ Vid. SSTCT de 21-10 y 21-11-1986 (Ar. 9925 y Ar. 12109).

³⁰⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA, «Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 17. En la pág. 19 define el voluntariado como «la benevolencia organizada para la prestación de servicios benévolos».

³⁰⁷ Cfr. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, «Artículo 98», en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 664-665.

³⁰⁸ Vid. M. MORAND y P. COURSIER, *Le contrat de travail solidaire*, Droit Social, nº 2, 2003, pp. 155 y ss.

³⁰⁹ A tenor del art. 1 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, por la que se regula el voluntariado social, el objeto de esa norma es el de «promover y facilitar la participación solidaria de los ciudadanos en actuaciones de voluntariado, en el seno de organizaciones sin ánimo de lucro públicas o privadas».

³¹⁰ El art. 4 de la Ley 6/1996 considera como actividades de interés general «las asistenciales, de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de

beneficiar únicamente a quien recibe el servicio y cuyo espectro de posibilidades objetivas es, en hipótesis, ilimitado.

La gratuidad es consustancial a esta prestación de servicios, y por ello el art. 2.1 Ley 6/1996 define el voluntariado como una actividad «altruista y solidaria», cuya realización es libre al no venir impuesta por «una obligación personal o deber jurídico», y que no genera retribución³¹¹, «sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione». Lo determinante es la motivación del voluntario, y no la institución bajo cuya organización se realiza la actividad³¹². Las entidades sin ánimo de lucro pueden recibir la prestación de servicios de auténticos trabajadores asalariados, que por supuesto quedarán incluidos en el Sistema de Seguridad Social; no en vano, el art. 97.2.f) LGSS incluye en el Régimen General a las «personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico social»³¹³. A la postre, el voluntariado se diferencia de la relación laboral precisamente por el espíritu con el que se afronta la realización de las tareas, por la finalidad y la expectativa de beneficio que se espera obtener³¹⁴. No concurre la causa del contrato de trabajo³¹⁵ por «la lejanía de toda idea de pagar estos servicios, o de alguna forma jurídica de corresponderlos»³¹⁶.

La exclusión del Sistema de los voluntarios no implica necesariamente un completo desamparo frente los daños que puedan sufrir, pero esa protección se dispensa mediante fórmulas privadas, a las que remite el art. 6 d) Ley 6/1996, precepto que atribuye a los voluntarios el derecho a «ser asegurados contra los riesgos de accidente y

defensa del medio ambiente, de defensa de la economía o de la investigación, de desarrollo de la vida asociativa, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otras de naturaleza análoga».

³¹¹ Es deber del voluntario «rechazar cualquier contraprestación material que pudieran recibir bien del beneficiario o de otras personas relacionadas con su acción»; art. 7.d) Ley 6/1996.

³¹² Vid. J. SAVATIER, *La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association*, Droit Social, nº 5, 2002, pp. 494 y ss.; M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Trabajo de voluntariado», en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 83 y ss.

³¹³ Vid. STSJ de Cataluña de 6-10-2003 (AS 12/2004), en relación con la Cruz Roja, comentada por P. BENLLOCH SANZ, *La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral*, AS, nº 1, 2004, pp. 39 y ss. Por otra parte, y como se sabe, la jurisprudencia defiende que la ONCE y los vendedores del cupón pro ciegos están unidos por una relación laboral común; vid. STS de 26-9-2000 (Ar. 9646). Sobre las consecuencias que ello ha tenido en el cálculo de las bases reguladoras, y la aplicación de esa doctrina con carácter retroactivo, vid. STS de 7-10-2004 (Ar. 7638).

³¹⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 6-10-2003 (AS 12/2004).

³¹⁵ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 86.

³¹⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA, «Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo*

enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria». Además, los voluntarios de cooperación para el desarrollo tienen derecho a que se concierte «un seguro de enfermedad y accidente a favor del voluntario y los familiares directos que con él se desplacen, válido para el período de su estancia en el extranjero»³¹⁷, que «en todo caso cubra los riesgos de enfermedad y accidente durante el período de su estancia en el extranjero y gastos de repatriación» [art. 37.3.b) Ley 23/1998]³¹⁸. En materia de prestaciones obligatorias, como se vio, el legislador ha decidido incorporar al Sistema de Seguridad Social a determinados colectivos no profesionales, o que no desarrollan una actividad protegida, si bien limitando la acción protectora a las contingencias que sobrevengan por el ejercicio de la concreta actividad³¹⁹. No es ésta la situación de los voluntarios, que estarán cubiertos por un seguro privado³²⁰, sin intervención del Sistema público de Seguridad Social³²¹.

El voluntariado social es una institución muy diferente del denominado “voluntariado especial”, que realiza su actividad bajo el mando de la Administración Militar³²² y cuya calificación como voluntarios responde a la concesión del derecho a decidir el cuerpo en el que desean cumplir sus obligaciones militares, ya que el voluntariado especial se dirigía esencialmente a incrementar las opciones de los llamados al servicio militar. La consideración como voluntariado resulta, así pues, equívoca, puesto que la elección de destino se concedía a quienes estaban cumpliendo el

autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 16.

³¹⁷ DA 2ª Ley 6/1996.

³¹⁸ La actividad de cooperación y la del voluntariado no han recibido el mismo tratamiento en materia de Seguridad Social en todos los países. En Italia, por ejemplo, mientras la Ley 266 de 1991 excluye de la *previdenza sociale* a los voluntarios, la Ley 49 de 1987 incluye a los cooperantes para el desarrollo, lo que ha sido calificado por la doctrina como una contradicción palmaria (*palese contraddizione interna del sistema*); cfr. M. CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Segunda Edición, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 93.

³¹⁹ IX.3.

³²⁰ Así sucede también en otros ordenamientos, como el italiano. El art. 4.1 de la Ley Marco del Voluntariado (*Legge n 266 del 11 agosto 1991, Quadro sul volontariato*) dispone que «*le organizzazioni di volontariato debbono assicurare i propri aderenti, che prestano attività di volontariato, contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi*». En Luxemburgo, sin embargo, el *Code des assurances sociales* ha declarado comprendidos en los seguros de enfermedad y accidentes (arts. 1 y 85) a los «*jeunes qui participent à des activités de volontariat dans le cadre de la loi du 28 janvier 1999 sur le service volontaire*».

³²¹ Vid. J. MURILLO MARINAS, *Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral*, RTSS, nº 1, 1991, pp. 123 y ss.; J.M. ALMANSA PASTOR, *Caracterización jurídica de la actividad y de la organización del Voluntariado de Acción Social*, RSS, nº 18, 1983, pp. 91 y ss.; INSTITUTO DE ESTUDIOS DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, *El voluntariado. Una primera aproximación*, RSS, nº 14, 1982, pp. 193 y ss.

³²² El voluntariado especial «tiene por objeto cubrir en cada Ejército determinados puestos de especialidades y la totalidad de las plantillas de las unidades especiales que se determinen»; cfr. art. 1

servicio militar, prestación personal obligatoria en cuyo marco, no obstante, se reconocía un margen a la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, en ocasiones la voluntariedad no se predica de la actividad en sí misma, sino de su contenido, ya que determinados cuerpos militares, como La Legión o la Unidad Paracaidista, se nutren de voluntarios, con normas que regulan explícitamente esa situación³²³. El «voluntario especial» es, en suma, personal militar, que desarrolla una actividad profesional y se incorpora al Sistema de Seguridad Social por la vía del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas³²⁴.

Una modalidad particular de trabajo benévolo es el «trabajo militante» que prestan los afiliados para un sindicato o partido político³²⁵. La prestación de servicios para esos entes responde unas veces al esquema propio de la mera benevolencia —y la exclusión del Sistema no admite dudas—, y otras al de la relación laboral por la retribución que se percibe³²⁶. Sin embargo, las fronteras no aparecen nítidas en algunos casos; los cargos sindicales —e incluso por analogía los dirigentes de organizaciones empresariales— o los cargos directivos de un partido político constituyen el supuesto más emblemático³²⁷. La actividad que realizan no se explica mediante el contrato de trabajo³²⁸, por el elemento ideológico que impregna la relación. En consecuencia, la

Orden de 3 de octubre de 1989 (BOE 6 de octubre), que regula el servicio del voluntariado especial y de las clases de tropa y marinería profesionales.

³²³ La Orden de 3 de octubre de 1989 (BOE 6 de octubre) regula el servicio del voluntariado especial y de las clases de tropa y marinería profesionales; el Decreto 3183/1968, de 19 de diciembre (BOE de 13 de enero de 1969), regula el voluntariado en la Armada; la Orden de 25 de abril de 1978 (DO Ministerio del Ejército de 11 de agosto) aprueba el Reglamento del Voluntariado en las Unidades Paracaidistas; el RD 1954/1979, de 4 de agosto (BOE del 14), crea un voluntariado especial para cubrir las plazas que se determinen en la Guardia Real, con la denominación de Soldados de la Guardia Real, cuya misión consiste en cumplir el servicio militar cerca de S. M. el Rey y prestar, encuadrados en una Unidad de la Guardia Real, los servicios que en el marco de la misma se les asigne; la Orden de 11 de septiembre de 1970 (DO Ministerio del Ejército de 16 de septiembre), modificada posteriormente en varias ocasiones —OO.MM de 16 de marzo de 1978 y 21 de mayo de 1979 (DO Ministerio del Ejército de 28 de marzo de 1978 y 8 de junio de 1979 respectivamente)—, aprueba el Reglamento de Voluntariado en La Legión; el RD 99/1988, de 12 de febrero, regula la prestación del servicio militar por medio del voluntariado especial en la Guardia Civil; modalidades diversas de voluntariado especial en el ámbito de las Fuerzas Armadas se recogen en la Orden de 14 de diciembre de 1989 (BO Ministerio de Defensa del 26)

³²⁴ Art. 49 Orden de 3 de octubre de 1989.

³²⁵ Cfr. J. TÁRRAGA POVEDA, *El sindicato como empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002, pp. 113 y ss.; M. PÉREZ PÉREZ, *El sindicato, empleador*, AL, nº 41, 1994, pp. 646 y ss.

³²⁶ Vid. STS de 1-7-1988 (Ar. 5731) y STCT de 28-4-1981 (Ar. 2808).

³²⁷ Vid. STSJ de Murcia de 7-2-2000 (AS 237).

³²⁸ Vid. J. TÁRRAGA POVEDA, *El sindicato como empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002, pp. 284 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 133 y ss.; J.J. DEL ÁGUILA y E. LILLO, *Naturaleza jurídica de la relación del dirigente o liberado*, RL, Tomo I, 1986, pp. 607 y ss.; F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 264 y ss.

formalización de un contrato laboral, habitual en la práctica, constituye un supuesto de simulación³²⁹, y la compensación económica tiene el propósito de resarcir «la dificultad de compatibilizar el trabajo político con un trabajo laboral-profesional que le reporte medios económicos de subsistencia vital»³³⁰. Se trata, a la postre, de un vínculo orgánico y no contractual, que no constituye una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social a salvo de asimilación expresa, puesto que no es en sentido estricto una profesión, sino ejercicio de un cargo³³¹. Cuestión distinta es que se desarrollen funciones meramente técnicas o administrativas para los mismos entes, ya que en estos supuestos concurrirán de ordinario las notas típicas del contrato de trabajo y se producirá la inclusión en el Sistema³³².

La STC 44/2004, de 23 de marzo³³³, ha tenido ocasión de aclarar que el derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE) no impone la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los cargos electivos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva³³⁴; comoquiera que esos cargos no están unidos al sindicato por un contrato de trabajo, sino por un vínculo de naturaleza asociativa en el que está ausente la ajenidad³³⁵, el TC concluye que en tanto se reconozca expresamente su incorporación al Sistema –parece que se producirá en breve-³³⁶ no desarrollan una actividad protegida³³⁷. Por supuesto, la consideración como accidente de trabajo de aquéllos que se produzcan «con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos», no se extiende a los cargos sindicales, sino que se limita a los representantes de los trabajadores en la empresa, en su doble canal:

³²⁹ Vid. STSJ de Madrid de 11-2-1999 (AS 180).

³³⁰ Cfr. STS de 16-12-1986 (Ar. 7491).

³³¹ Vid. J. TÁRRAGA POVEDA, *El sindicato como empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002, pp. 155-157.

³³² Sobre esa diferencia, vid. STS de 12-11-1982 (Ar. 6690).

³³³ Reitera idéntica doctrina la STC 234/2005, de 26 de septiembre.

³³⁴ Propugna de *lege ferenda* la inclusión en el Sistema a partir de la garantía de indemnidad J. TÁRRAGA POVEDA, *El sindicato como empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002, pp. 288 y ss.

³³⁵ Vid. STS de 7-4-1987 (Ar. 2364).

³³⁶ El Grupo Parlamentario Socialista ha elaborado una proposición de Ley para modificar el art. 97.2 LGSS con el propósito de incluir en el Régimen General a los cargos representativos de los sindicatos que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior con dedicación exclusiva y percibiendo una retribución; la acción protectora se dispensará de forma completa, incluido el desempleo, prestación, por cierto, a la que accederían *ex novo*, en atención a la misma proposición de ley, los miembros de las corporaciones locales y los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios, salvo que perciban algún tipo de compensación por el cese.

³³⁷ Vid. J. TÁRRAGA POVEDA, *El derecho a desempleo de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad*, RDS, nº 26, 2004, pp. 115 y ss.

representación unitaria y representación sindical³³⁸. Claro está, cuando el cargo sindical desarrolla ambas labores simultáneamente sí está incluido en el Sistema, pero no por la condición de cargo electivo, sino por la de representante, pues éstos, sean unitarios o sindicales, necesariamente han de ser trabajadores³³⁹; y también es obligado el ingreso en el Sistema cuando el cargo sindical desarrolla otras funciones diferenciadas para el sindicato que constituyan una auténtica relación laboral³⁴⁰. Consideraciones similares. exclusión hasta que se produzca asimilación expresa, cabe realizar respecto de los cargos electivos en partidos políticos, también ligados por un vínculo orgánico³⁴¹.

7- Trabajo familiar y Seguridad Social

Si la Seguridad Social es un mecanismo de protección ante la actualización de riesgos sociales, la familia del sujeto comprendido ha de merecer un papel protagonista³⁴². Desde la perspectiva del ámbito subjetivo, la delimitación del trabajo familiar y su extensión se erige en la cuestión nuclear³⁴³, porque la protección a la familia por parte de los sistemas de Seguridad Social se desarrolla a través, básicamente, de la extensión de la acción protectora por irradiación, mediante la concesión de asistencia sanitaria y en su caso de prestaciones familiares fundamentalmente³⁴⁴, y no de su inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación como

³³⁸ Vid. A. DESDENTADO BONETE, "Artículo 115", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 1107.

³³⁹ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, "El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 290.

³⁴⁰ Vid. STS de 7-10-2005 (recurso 2854/2004), sobre cargo sindical que desarrollaba asimismo tareas administrativas habiendo suscrito un contrato de obra.

³⁴¹ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 144 y ss.; F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 295 y ss.

³⁴² Vid. A. PARDELL VEÀ, "Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 205 y ss. Para una panorámica sobre derecho comparado, vid. M.S. GORDON, *La política de Seguridad Social en los países industrializados*, MTSS, 1990, pp. 359 y ss.

³⁴³ Vid. A. OJEDA AVILÉS, "Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 94 y ss.; C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 74 y ss.

³⁴⁴ Vid. F.A. VALLE MUÑOZ, "Nueva regulación de las prestaciones familiares y modelo de familia: reflexiones para un debate abierto", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 247 y ss.

sujetos comprendidos por derecho³⁴⁵. El Sistema de Seguridad Social, por un lado, concede el derecho a la asistencia sanitaria a quienes dependen económicamente de un sujeto incluido en su campo de aplicación y, por otro, crea contingencias nuevas para atender el exceso de gastos o el defecto de ingresos a que pueden dar lugar diferentes acontecimientos en el seno del grupo familiar. En ocasiones también delimita el estado de necesidad –los umbrales de rentas que se toman como referente para generar determinadas prestaciones- de manera diversa en función de si la prestación se dirige a atender a las necesidades del solicitante/beneficiario exclusivamente, o si, por el contrario, constituirá el único ingreso, o uno entre varios, de una unidad familiar; o bien modula el importe de la prestación en atención al número de personas a las que irá destinada, aunque el beneficiario formalmente sea único³⁴⁶.

Sin embargo, el concepto de familia no está completamente definido³⁴⁷, porque «la Constitución hace posibles diversas modalidades de familia y no impone ninguna de ellas»³⁴⁸, y existen tensiones claras entre la noción jurídica y la sociológica³⁴⁹. Por razones fundamentalmente económicas, no exentas de conexión con una finalidad de

³⁴⁵ Sin perjuicio, claro está, de que los familiares a cargo del trabajador se constituyan en «beneficiarios directos de la protección mínima común –comprensiva, entre otras prestaciones, de unas pensiones sociales de vejez y de invalidez-, en cuanto ciudadanos»; cfr. A. DE PEREDA MATEOS, *La limitada protección actual de los familiares a cargo del trabajador, ante la implantación de un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos*, RSS, nº 15. 1982, pág. 339. En el mismo sentido, respecto del ordenamiento italiano, vid. M. PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pp. 100-101.

³⁴⁶ VIII.4.

³⁴⁷ Vid. T. PÉREZ DEL RÍO, “El concepto de familia y su protección en la reforma de la Seguridad Social”, en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pp. 350 y ss.; A.R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 17 y ss.; M. BARAÑANO CID y J. DE LA PAZ, “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”; en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 3 y ss.

³⁴⁸ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensión de viudedad y divorcio*, RL, nº 11, 1995, pág. 2.

³⁴⁹ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, “La protección familiar en el Sistema español de seguridad Social: un enfoque general”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 92 y ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Seguridad Social y protección familiar*, RMTAS, nº 59, 2005, pp. 37 y ss.; M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 29 y ss.; E. LÓPEZ TERRADA, *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 11 y ss.; C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 51 y ss.; S. LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 73 y ss.; L. FERNANDO SAURA, *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 57 y ss.; J. RUBELLIN-DEVICHI (Dir.), *Des concubinages dans le monde*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, pp. 19 y ss.; G. MEIL LANDWERLIN, *Seguridad Social y familia*, RSS, nº 42, 1989, pág. 44.

«moralización»³⁵⁰, el Sistema de Seguridad Social se ha decantado por un concepto de familia clásico³⁵¹, que evoluciona más lentamente incluso que el del ámbito civil³⁵², pero que paulatinamente ha de dar respuesta a los nuevos problemas³⁵³.

La relación entre la familia y la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema no se manifiesta nítidamente *prima facie*, en la medida que no parece que la familia, como tal, sea una institución decisiva a tales efectos, pese al art. 7.2 LGSS. Ese precepto dispone que, salvo prueba en contrario, el concepto de trabajador por cuenta ajena no comprende al «cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad —entendido este parentesco conforme a los usos sociales—³⁵⁴ 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 cargo». El trabajo familiar no es trabajo asalariado salvo que se pruebe lo contrario³⁵⁵, como también advierte el art. 1.3.e) ET³⁵⁶, que utiliza otra formulación en la que, por un lado, no se exige ánimo de lucro y, por otro, no se requiere la dependencia económica, puesto que literalmente se obliga a convivir, pero no a estar a cargo del empresario³⁵⁷.

Como fácilmente se adivina, el legislador no ha ubicado correctamente esa previsión, porque no se pretende excluir del Sistema de Seguridad Social a los parientes del empresario. El art. 7.2 LGSS contiene una regla de encuadramiento, que debiera haberse situado en el art. 97 LGSS, o, mejor, a continuación de la referencia a trabajadores por cuenta ajena del art. 7.1.a) LGSS³⁵⁸. El art. 7.2 LGSS no excluye a los

³⁵⁰ Vertiente ética que está presente en la protección social de la práctica totalidad de los países, máxime en aquéllos con gobiernos de corte conservador. A modo de ejemplo, vid. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 92 y ss.

³⁵¹ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Unión familiar de hecho y pensión de viudedad*, AL, nº 26, 1994, pág. 1608; J.I. GARCÍA NINET, *Familia: trabajo y Seguridad Social. Breves consideraciones*, Tribuna Social, nº 140-141, 2002, pp. 5 y ss.

³⁵² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social, maternidad y familia*, RL, nº 14, 2000, pág. 3; J. LÓPEZ LÓPEZ, "Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 108 y ss.

³⁵³ Vid. vid. N. VAN HOLSTEIN, "La protección familiar en la Seguridad Social neerlandesa", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 86 y ss.

³⁵⁴ De manera que merecen el tratamiento de parientes por afinidad, aunque propiamente no lo sean, los cónyuges respectivos de dos hermanos; vid. STS de 18-2-1998 (Ar.2209).

³⁵⁵ Vid. STS de 26-10-1987 (Ar. 7191) y STS (Cont-Adv.) de 24-10-1988 (Ar. 10109).

³⁵⁶ Vid. A. BOTELLA GIMÉNEZ, *La protección laboral de la familia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1994, pp. 88 y ss.

³⁵⁷ Vid. SSTS de 14-6-1994 (Ar. 5435) y de 13-3-2001 (Ar. 3838).

³⁵⁸ Vid. R. ANIORTE SANZ, *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pp. 36 y ss.; M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, "Artículo 7", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pág. 72.

parientes del empleador del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, sino del concepto de trabajador por cuenta ajena³⁵⁹.

En consecuencia, la familia resultará determinante a efectos de encuadramiento, hasta el punto de requerir el levantamiento del velo³⁶⁰ en empresas familiares para evitar fraudes³⁶¹, pero cuenta con escasa repercusión en la delimitación de la extensión personal del Sistema. Escasa, pero no nula. Aunque a partir del art. 7 LGSS no se adivinan con claridad, pueden encontrarse tres supuestos en los que el parentesco -más bien la pertenencia a la familia, pues técnicamente el cónyuge no es pariente³⁶²- repercute decisivamente, aunque en sentido negativo, sobre el ámbito subjetivo del Sistema. El primero de ellos se deriva *contrario sensu* del art. 7.2 LGSS. Si el cónyuge y los parientes hasta el segundo grado que con él convivan y de él dependan económicamente no pueden considerarse trabajadores por cuenta ajena, se infiere que deben merecer la consideración de trabajadores por cuenta propia, debiendo ingresar RETA o régimen especial que corresponda en razón de la actividad³⁶³.

³⁵⁹ La práctica, sin embargo, ha provocado exclusiones puntuales, como ha sucedido con los familiares colaboradores del titular de una licencia de auto-taxi. Algún ayuntamiento admitía únicamente a un autónomo por licencia, exigiendo que sus colaboradores estuvieran vinculados por relación laboral. Sin embargo, las notas del art. 1.1 ET no concurrían en determinados familiares que colaboraban habitualmente con él, por lo que no procedía la inclusión en el Régimen General. El alta en el RETA provocaba un incumplimiento de las condiciones de colaboración en la actividad impuestas por esos ayuntamientos, de modo que la Administración de Seguridad Social consideró oportuno hacer un llamamiento a la coordinación de las Administraciones públicas implicadas y, entre tanto, excluir del RETA -y del Sistema al no cumplirse las condiciones de acceso a ningún otro régimen- a los colaboradores del titular de la licencia si el ingreso en el RETA acarrearía la denegación o pérdida de dicha licencia; vid. Resolución de la DGOJECSS de 6 de junio de 1994, publicada en Tribuna Social, nº 48, 1994, pp. 86-87.

³⁶⁰ Vid. M. IGLESIAS CABERO, *El parentesco y la relación laboral en la Ley y en la jurisprudencia*, DL, nº 62, 2000, pp. 34 y ss.; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Trabajo asociado (y, en particular, trabajo familiar)", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 25 y ss.; J. GARCÍA VIÑA, *La responsabilidad laboral de los administradores sociales*, RGDTSS (iustel), nº 3, www.iustel.com; F. VÁZQUEZ MATEO, *La mujer casada como asalariada de su marido*, RL, nº 7, 2004, pp. 19-21; R. ANIORTE SANZ, *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999, pp. 56 y ss.

³⁶¹ Vid. SSTs de 19 y 22-12-1997 (Ar. 9520 y Ar. 9530), de 29-5-2000 (Ar. 4630) y de 17-1-2001 (Ar. 778) y SSTSJ de Madrid de 19-11-2002 (JUR 95721/2003), de Extremadura de 26-2-2002 (AS 985), de Aragón de 21-3-2001 (AS 1087), del País Vasco de 9-7-1998 (AS 6985) y de Galicia de 28-3-1996 (AS 1853) y de 15-12-1998 (Ar. 4590).

³⁶² «El parentesco se puede definir como la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de otra»; cfr. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 45.

³⁶³ En el ordenamiento francés se prevén hasta tres situaciones diferenciadas: trabajador asalariado, colaborador y asociado. El asociado es un trabajador por cuenta propia sin mayor particularidad, mientras que el colaborador presenta ciertas especificidades en materia de Seguridad Social, como la posibilidad de afiliarse voluntariamente a la protección por vejez de los trabajadores independientes o limitar su base de cotización en función de los resultados del negocio; vid. J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001, pp. 461-462. El art. L311-6 *Code de la Sécurité Sociale* dispone que

Como se dijo³⁶⁴, la noción de trabajador autónomo que maneja el Sistema de Seguridad Social introduce un requisito de habitualidad de ordinario imprescindible y que, a diferencia del trabajo asalariado, requiere una continuidad en el ejercicio de la actividad que en el trabajo familiar no siempre concurre, ya que son frecuentes los auxilios esporádicos, en los que la colaboración familiar permite eludir la contratación de nuevo personal y obtener así mayores beneficios. En esa actividad está ausente a menudo el ánimo de lucro de quien colabora, pero sobre todo la nota de habitualidad, porque el trabajo no se realiza mediante un desempeño permanente y ni siquiera regular, y por ello no es una actividad protegida por el Sistema³⁶⁵.

El segundo de esos supuestos con relevancia directa en la conformación del ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social obedece igualmente al concepto de trabajador autónomo que ha acogido la legislación de Seguridad Social. El colaborador del autónomo, en su condición de familiar, no está incluido *per se* en el Sistema de Seguridad Social. La presunción *iuris tantum* de no laboralidad únicamente supone que, salvo prueba en contrario, no merece la calificación de trabajador asalariado; su acceso al Sistema como autónomo requiere el cumplimiento de las exigencias generales, sin que el cónyuge o pariente del empleador hasta el segundo grado, por el mero hecho de serlo, disfrute de tratamiento privilegiado. Junto a la habitualidad es imprescindible la mayoría de edad, salvo excepciones puntuales³⁶⁶. Ello supone que el cónyuge o pariente del empleador hasta el segundo grado que no pueda probar su condición de asalariado quedará excluido del Sistema no sólo cuando su actividad resulte ocasional o sin ánimo de lucro, sino también cuando no haya cumplido los dieciocho años.

«est affilié au régime général de sécurité sociale le conjoint d'un travailleur non-salarié qui participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel, et perçoit un salaire correspondant au salaire normal de sa catégorie professionnelle». Evidentemente, quien trabaja a cambio de salario no asume, en principio, el riesgo y ventura de la actividad, y por consiguiente merece la calificación de trabajador asalariado; en este sentido, vid. *Arrêt de la Cour de Cassation* de 15-6-1999, *Arrêt n° 3365 P*, publicado en *Questions de Sécurité Sociale*, n° 555, 2000, pp. 31-32. En Bélgica, por su parte, se ha preferido concretar las condiciones en las que se ha de apreciar la habitualidad en el trabajo familiar, si bien esa actividad sólo está protegida de forma residual (aunque a partir de julio de 2005 se ha completado una acción protectora tradicionalmente muy reducida). En concreto, el cónyuge o conviviente de hecho estará incluido en el Sistema por trabajo familiar cuando ayude regularmente a su pareja al menos noventa días al año y no desarrolle otra actividad profesional ni tenga otros ingresos; vid. http://www.inasti.be/fr/tools/publications/rights_obligations_fr.pdf. En otros países, como Panamá, el trabajo familiar está excluido del Sistema (no hay presunción, sino impedimento completo de acceso); además, esa exclusión afecta «al compañero o compañera en unión consensual», a tenor del art. 4.b) Ley Orgánica Panameña de la Caja de Seguro Social y Reglamentos que la complementan (Decreto-Ley n° 114, de 27 de agosto de 1954, por el que se modifica la Ley 134, de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social).

³⁶⁴ III.3.

³⁶⁵ Vid. STS 30-4-1987 (Ar. 2845) y STSJ de Andalucía/Sevilla de 24-10-1996 (AS 4905).

³⁶⁶ III.4.

Finalmente, los trabajos familiares también se ven excluidos del Sistema de Seguridad Social en el marco del servicio doméstico, ámbito en el que las relaciones de parentesco se manifiestan con más intensidad³⁶⁷, si bien es cierto que el concepto se flexibiliza³⁶⁸, admitiéndose «agrupaciones parafamiliares»³⁶⁹. Al igual que en casi todos los regímenes especiales –salvo el de estudiantes y funcionarios por razones obvias–, el art. 3.1.a) Decreto 2346/1969 excluye del Régimen Especial de Empleados de Hogar al cónyuge y los parientes del empleador que no puedan probar su condición de asalariados. La posibilidad de probar en contrario no está exenta de dificultad, y más en el caso del cónyuge, pues para él la presunción *iuris tantum* parece operar con efectos meramente formales, en la medida que o bien la prueba de laboralidad deviene diabólica, o, quizás, no es posible jurídicamente configurar como trabajo asalariado el cuidado del hogar común, pues los cónyuges «deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» (art. 67 CC), «están obligados a vivir juntos [...] y socorrerse mutuamente» (art. 68 CC) y ambos deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC), obligaciones que no concilian bien con la posibilidad de realizar ese tipo de actividades por cuenta del otro cónyuge de forma dependiente y retribuida³⁷⁰.

Respecto de los parientes, la norma extiende la presunción hasta el tercer grado ya desde su aprobación, sin haber sido adaptada al art. 7.2 LGSS, que en la actualidad limita la presunción de trabajo familiar a los parientes hasta el segundo grado³⁷¹. Esa contradicción se manifiesta también en otros regímenes especiales, y no toda la doctrina, judicial³⁷² y científica³⁷³, ha interpretado la disfunción en los mismos

³⁶⁷ Vid. STC 109/1988, de 8 de junio.

³⁶⁸ El art. 2.2 Decreto 2346/1969 equipara a la familia, en el sentido de constituir un «hogar familiar» susceptible de recibir la prestación de servicios de un empleado doméstico, con el «grupo de personas que si bien no constituyen familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar»; en sentido análogo, vid. art. 10.3 RD 84/1996, en la redacción dada por el RD 1041/2005. Un supuesto particular, con convivencia de once personas, todos ellos varones, en STSJ de Navarra de 15-6-2001 (AS 1881). No puede calificarse como hogar una residencia destinada al alojamiento del personal de una empresa [STSJ de Madrid de 25-3-2003 (AS 2728)] o una residencia universitaria [STSJ de Madrid de 19-1-1999 (AS 165)].

³⁶⁹ Cfr. J. LUJÁN ALCARAZ, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 41.

³⁷⁰ Vid. J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El ámbito subjetivo del trabajo familiar*, Cuadernos de Política Social, nº 57, 1963, pp. 71-74.

³⁷¹ En ocasiones el grado difiere en función de la clase de parentesco. En Uruguay, por ejemplo, el art. 6º del Decreto 227/981, de 27 de mayo de 1981, y el art. 1 del Decreto 162/993, de 31 de marzo de 1993, excluyen de las prestaciones familiares y de maternidad –sin presunción– a los «parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

³⁷² Aplica el tercer grado la STSJ (Cont-Adv.) de Madrid de 23-6-2000 (JUR 56824/2001); recurre a la presunción de trabajos familiares del 1.3.e) ET, y por tanto se limita al segundo grado, la STSJ (Social) de Galicia de 26-3-2001 (JUR 129453).

términos, por más que, de un lado, la LGSS como norma posterior parezca prevalecer³⁷⁴ –a pesar del *lapsus* del Real Decreto-Ley 2/2003-³⁷⁵, y, de otro, una interpretación sistemática obligue a ello, porque el art. 7.2 LGSS es una norma de aplicación general a

³⁷³ Aunque mayoritariamente se entiende que todas las referencias al tercer grado han sido sustituidas, sostiene la extensión del parentesco hasta el tercer grado: en el RETA A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 56. En el REA, C. AGUT GARCÍA, *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: régimen jurídico del campo de aplicación*, RTSS, nº 15, 1994, pág. 81; F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 193. En el RETM, aunque considera conveniente una modificación legislativa «por razones de coherencia y homogeneización normativas», M.A. VICENTE PALACIO, *Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar*, RTSS, nº 19, 1995, pág. 56. También parece defender la extensión de la presunción al tercer grado en el RETM, M. CANOSA RODRIGO, *Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995, pág. 32, así como M. URRUTICOECHEA BARRUTIA, “Régimen Especial de los Trabajadores del Mar”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 774. Respecto del REEH también alude al tercer grado F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 506. En algunos casos, aunque sin explicación ulterior, se limita al segundo grado la referencia al parentesco en el RETA, pero se extiende hasta el tercero en el REA, RETM y REEH; vid. AA.VV., *Prontuario de Seguridad Social*, Segunda Edición, Colex, Madrid, 2004, pp. 541, 554, 568 y 575; J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 907, 942, 962 y 971.

³⁷⁴ Vid. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 551 y 575; A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005, pp. 840, 892, 905 y 910; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, “Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 134; J.F. BLASCO LAHOZ, “El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1165; M.C. LÓPEZ ANIORTE, *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 195-196; J. MONTALVO CORREA y A. ARRANZ PANADERO, “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 695; J.P. LANDA ZAPIRAÍN (Dir.), *Lecciones de Seguridad Social (II)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pág. 425; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 539, 567 y 613 (en consonancia, el mantenimiento del tercer grado en el RETM, pág. 601, parece una errata); G. TUDELA CAMBRONERO, “Régimen Especial Agrario”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 734; J. LÓPEZ GANDÍA, “Regímenes especiales: Agrario, Trabajadores del Mar, Minería del Carbón y Empleados de Hogar”, en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1260, 1296, 1317 y 1318; A. BADIOLA SÁNCHEZ y D. LANTARÓN BARQUÍN, “Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 797; P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 34-37; L. HURTADO GONZÁLEZ e I. MARÍN ALONSO, *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999, pág. 117, nota 189; A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 72-75.

³⁷⁵ El art. Décimo de esa norma modificó el art. 2.b) regla Tercera del Decreto 2123/1971, en relación con el concepto de medio fundamental de vida a efectos del REA, extendiendo el parentesco hasta el tercer grado, lo que genera dudas interpretativas relevantes, aunque más parece un descuido del legislador que la revitalización de un problema que parecía ya superado; vid. M.A. VICENTE PALACIO, *De nuevo sobre la fragmentación y dispersión en las reformas de la Seguridad Social. La nueva reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Comentario al Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica*, RGDTS (iustel), nº 3, www.iustel.com.

todo el Sistema. En efecto, el art. 7.2 LGSS, que debe actuar en positivo y en negativo³⁷⁶, justifica así su ubicación sistemática, puesto que en ese lugar desborda los perfiles del Régimen General y obliga a la actualización de las normas rectoras de los regímenes especiales, y no sólo en lo relativo al grado de parentesco³⁷⁷.

Se ha defendido la pervivencia del tercer grado mediante interpretaciones basadas en la funcionalidad de las distintas normas, en la medida que el 7.2 LGSS «contiene una mera presunción», mientras que «las previsiones de los regímenes especiales delimitan su ámbito subjetivo señalando la obligatoria inclusión de unos sujetos y la exclusión de quienes no reúnan tales condiciones»³⁷⁸. Sin embargo, tal disociación rompe la armonía y necesaria correlación entre dos reglas que constituyen el anverso y el reverso de la misma moneda. La consideración de los parientes del empleador como trabajadores autónomos únicamente se justifica por su exclusión del Derecho del Trabajo. En la medida que se pueda probar la concurrencia de las notas de ajenidad, voluntariedad, dependencia y retribución no procederá la inclusión como autónomo en ninguno de los regímenes especiales del Sistema, cualquiera que sea el grado de parentesco. Por ello, cuando los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS modificaron el grado de parentesco respecto de la presunción de trabajo familiar, tal modificación afectó a la delimitación del concepto de trabajador por cuenta propia, pues son realidades yuxtapuestas.

En el ámbito del hogar familiar, la extensión de la presunción de trabajos familiares hasta el tercer grado supone una manifiesta contradicción con la jurisprudencia constitucional³⁷⁹, que exige coordinación entre la norma laboral y la de Seguridad Social en este punto³⁸⁰. La presunción de trabajo familiar en caso de

³⁷⁶ «Esto es, como exclusión (presunta) de laboralidad y sin perjuicio de su inclusión como trabajadores por cuenta propia. En otro caso el art. 7.2 es anecdótico o es incomprensible en su contexto»; cfr. J.L. TORTUERO PLAZA, «Artículo 7», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 154.

³⁷⁷ Esta interpretación permite salvar la dificultad que supone que el art. 3.b) Decreto 2530/1970 no exija explícitamente que los colaboradores del trabajador autónomo convivan con él, ni requiera la dependencia económica; vid. P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 36-37.

³⁷⁸ Cfr. C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 86.

³⁷⁹ Vid. SSTC 109/1988, de 8 de junio, 79/1991, de 15 de abril, 2/1992, de 13 de enero, y 59/1992, de 23 de abril, y STS (Social) de 25-11-1997 (Ar. 8623) y STS (Cont-Adm) de 2-6-1998 (Ar. 4543).

³⁸⁰ Vid. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo VI (1988)*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 360 y ss.; J. GARCÍA BLASCO, *Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales*, RL, nº 8, 1990, pp. 26 y ss.; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al Sistema de Seguridad Social*, REDT, nº 53, 1992, pp. 405 y ss; del mismo autor, *La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del Régimen Especial*

empleados de hogar se limita al segundo grado de parentesco, porque el art. 1.3.e) ET es aplicable por remisión expresa del art. 2.1.b) RD 1424/1985; por ello, no puede mantenerse que la exclusión del REEH recogida en el art. 3.1.a) Decreto 2346/1969, por más que se configure como presunción *iuris tantum*, alcanza hasta el tercer grado. Esta referencia ha de entenderse modificada por el art. 7.2 LGSS, pues de lo contrario se invertiría injustificadamente la carga de la prueba para los parientes en tercer grado, que en virtud del art. 8.1 ET se presumen asalariados y por tal condición deben quedar incluidos en el REEH³⁸¹.

La relevancia del grado de parentesco, o de la condición de cónyuge, en el REEH deriva de las consecuencias de la presunción de trabajo familiar; si bien ya no cuenta con carácter *iuris et de iure*, la falta de prueba en contrario acarrea unas consecuencias de mucha mayor envergadura que en el resto de regímenes del Sistema. El cónyuge o pariente del cabeza de familia que no pueda probar su condición de asalariado carece de la posibilidad de integrarse en uno de los regímenes de trabajadores por cuenta propia, porque está ausente el ánimo de lucro imprescindible para configurar esa labor como una actividad profesional susceptible de inclusión en el Sistema. Es un trabajo que normalmente se desarrollará bajo los parámetros de la amistad, benevolencia o buena vecindad si no hay convivencia, y si efectivamente la hubiera —el art. 3 Decreto 2346/1969 no la exige, y en este ámbito no parece imprescindible para el nacimiento de la presunción— el pariente habría de ser considerado como una persona dedicada al cuidado del propio hogar.

Finalmente, es menester una breve mención a determinados supuestos en los que la condición de familiar cuenta con una significación particular, ya que las especiales características de la prestación de servicios permiten una sustitución esporádica del trabajador, frecuente en la práctica, sin que ello, a juicio de los tribunales, acarree la ruptura del vínculo laboral ni el nacimiento de otro diferente. Principalmente, las

de la Seguridad Social del Servicio Doméstico: discriminación por circunstancia personal contraria al art. 14 CE, REDT, nº 59, 1993, pp. 411 y ss.; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 243 y ss.; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad*, REDT, nº 58, 1993, pp. 295 y ss.; M.A. SANTOALLA MANSILLA, *Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social*, REDT, nº 57, 1993, pp. 115 y ss.; M.A. SOLSONA VILLALBA, *Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social*, REDT, nº 73, 1995, pp. 837 y ss.

³⁸¹ Vid. M. ARETA MARTÍNEZ, *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 104 y ss.

actividades de limpieza y los servicios prestados por empleados de fincas urbanas³⁸², entre otros³⁸³, han merecido un tratamiento singular, que consiste en flexibilizar el carácter personal «la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo»-³⁸⁴ con que en principio ha de desarrollarse la actividad que, por un lado, implica el nacimiento de un contrato de trabajo, y que, por otro, justifica el acceso al Sistema de Seguridad Social³⁸⁵. De este modo, la sustitución esporádica por un familiar no obstaculizaría la permanencia en el Sistema del trabajador sustituido, ni implicaría la inclusión del sustituto; cuestión distinta es que el trabajador, «conforme a lo pactado por escrito, asociare a su trabajo un auxiliar o ayudante», en cuyo caso «el empresario de aquél lo será también de éste» (art. 10.3 ET), y por tanto surgirían dos contratos de trabajo y ambos trabajadores quedarían comprendidos en el Sistema³⁸⁶.

8- En particular, la convivencia matrimonial o de hecho

A pesar que «desde la Constitución cabe postular la “neutralidad” de los sistemas de protección social respecto a las distintas opciones familiares»³⁸⁷, el Sistema de Seguridad Social sitúa en una posición de privilegio al cónyuge –y no al excónyuge³⁸⁸- como sujeto que por irradiación puede disfrutar de ciertos beneficios³⁸⁹. La diferencia entre el matrimonio y otras formas de convivencia suele limitar su trascendencia a la dispensación de la acción protectora, y su relación con el ámbito subjetivo del Sistema no se manifiesta con total claridad; sólo de manera indirecta se observa esa conexión. Las presunciones de laboralidad y de trabajo familiar constituyen de nuevo el punto de referencia.

³⁸² Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pp. 321 y ss.; F.A. VALLE MUÑOZ, *El régimen jurídico laboral del empleado de finca urbana*, RTSS (CEF), nº 211, 2000, pp. 99 y ss.

³⁸³ Vid. SSTS de 28-9-1987 (Ar. 6402), de 31-7 y 19-11-1992 (Ar. 8898 y Ar. 8823), sobre transportistas; o STS de 25-1-2000 (Ar. 1312), acerca del personal de limpieza contratado por una comunidad de propietarios.

³⁸⁴ Cfr. STS de 25-1-2000 (Ar. 1312).

³⁸⁵ Vid. SSTSJ de Cataluña de 15-6-2004 (JUR 212536) y de Castilla y León/Valladolid de 31-5-1994 (AS 2219).

³⁸⁶ Vid. STS de 20-7-1999 (Ar. 6839).

³⁸⁷ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Seguridad Social, maternidad y familia*, RL, nº 14, 2000, pág. 4.

³⁸⁸ Vid. C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 82-85.

³⁸⁹ Vid. F. VÁZQUEZ MATEO, *La mujer casada como asalariada de su marido*, RL, nº 7, 2004, pp. 13 y ss.

Como se dijo en el epígrafe anterior, la presunción de trabajo familiar conlleva la inclusión en el Sistema como trabajador autónomo siempre que concurren la habitualidad, el ánimo de lucro y la mayoría de edad. Dicha presunción no opera cuando la actividad es desarrollada por persona distinta del cónyuge o de un pariente hasta el segundo grado³⁹⁰; en esta coyuntura, entraría en juego la presunción de laboralidad, y la exclusión del Sistema únicamente tendrá lugar cuando pueda probarse el carácter amistoso, benévolo o de buena vecindad de los trabajos prestados³⁹¹. La condición o no de cónyuge, por consiguiente, predetermina la aplicación de una u otra presunción y, en su caso, el ingreso o no en el Sistema. Piénsese, por ejemplo, en una colaboración irregular en el tiempo con compensaciones económicas reducidas; si quien la desarrolla es el cónyuge estará excluido del Sistema por la ausencia de habitualidad, mientras que si no se ha celebrado matrimonio opera la presunción de laboralidad y, salvo prueba en contrario, es obligada la inclusión en el Sistema.

La mención legal al cónyuge implica que la presunción no juega respecto de los convivientes de hecho³⁹², exclusión tradicional que seguramente parte de una «confusión entre moral y derecho»³⁹³, pero que se sustenta asimismo en las evidentes facilidades de gestión y control que el matrimonio proporciona a la Administración³⁹⁴. La sospecha permanente de fraude y el corsé de las disponibilidades económicas justifican, probablemente, la dispensación de beneficios a partir de la formalización jurídica de una relación que, al menos desde una perspectiva tradicional, se asienta sobre unas bases de estabilidad y ayuda mutua que permiten transformar, a ojos de la norma de Seguridad Social, las necesidades individuales en necesidades familiares. Nada impide tomar en consideración otras uniones no matrimoniales equivalentes o no al vínculo conyugal³⁹⁵, pero para ello es necesaria una expresa previsión legal³⁹⁶. La

³⁹⁰ Vid. STS de 24-2-2000 (Ar. 2236).

³⁹¹ Vid. STCT de 27-5-1980 (Ar. 3056) y SSTSJ de Galicia de 26-5-1992 (AS 2774), de Murcia de 29-3-1996 (AS 584), de Cataluña de 20-4-2000 (AS 5691), de la Comunidad Valenciana de 5-4-2001 (AS 2046).

³⁹² Vid. STS de 11-3-2005 (Ar. 3867).

³⁹³ Vid. F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad*, RL, n° 10, 1991, pág. 47; P. CACHÓN VILLAR, "Las uniones de hecho en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social", en AA.VV., *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 405-406.

³⁹⁴ Vid. J.A. PANIZO ROBLES, *La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente*, Justicia Laboral, n° 24, 2005, pp. 42 y ss.

³⁹⁵ Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 122 y ss.

³⁹⁶ La DA 54ª Ley 30/2005 encomienda al Gobierno la presentación de un proyecto de ley, previa valoración y análisis con los agentes sociales, cuya aprobación posibilitaría el acceso a la pensión de viudedad de «las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en

exclusión de las uniones extramatrimoniales comprende tanto las parejas homosexuales³⁹⁷ como las heterosexuales³⁹⁸ estén o no inscritas en los registros que al efecto han establecido algunas CCAA³⁹⁹, aunque técnicamente su situación difiera en perspectiva histórica, porque en el primer caso no han podido contraer matrimonio hasta la Ley 13/2005 por imposibilidad jurídica, y en el segundo su situación deriva del no ejercicio de un derecho⁴⁰⁰.

Salvo en materia de asistencia sanitaria⁴⁰¹, los sistemas de Seguridad Social ignoran por lo general a las uniones de hecho⁴⁰², tanto en España como en el

el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante».

³⁹⁷ Una panorámica general de la evolución de los derechos de los homosexuales en A. RIVAS VAÑÓ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Orientación sexual y Derecho Europeo", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 293 y ss. Acerca de su situación en materia laboral y de Seguridad Social, vid. J.M. MORALES ORTEGA, *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad*, RL, Tomo II, 1999, pp. 452 y ss; J.M. MARÍN CORREA, *Nota a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid de 22-4-1998*, AL, nº 25, 1998, pp. 2326 y 2327; B. SESMA BASTIDA, *Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual*, AL, nº 6, 2005, pp. 620 y ss.; M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Equiparación de las parejas de hecho heterosexuales al matrimonio, y equiparación de las parejas homosexuales a las de hecho heterosexuales*, AS, Tomo III, 1998, pp. 2582 y ss.; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *La igualdad laboral entre uniones heterosexuales y homosexuales: criterios jurisprudenciales*, AL, nº 28, 2003, pp. 505 y ss.

³⁹⁸ Vid. ATC 222/1994, de 11 de julio, y SSTSJ de Madrid de 14-5-2001 (AS 2609), de Castilla y León/Valladolid de 18-1-2000 (AS 577), de Madrid de 26-1 y 17-6-1999 (AS 168 y AS 2782).

³⁹⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 27-9-1999 (AS 3732).

⁴⁰⁰ Un sector doctrinal entiende que las consecuencias de la decisión de no contraer matrimonio, si bien decisivas desde la perspectiva del Derecho Privado, han de ser relativizadas en Derecho Público; vid. A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pág. 390; M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, CARL, Sevilla, 2002, pág. 169; P.A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 53 y ss.

⁴⁰¹ El derecho a la asistencia sanitaria se ha reconocido al conviviente de hecho heterosexual desde la Resolución de 29 de diciembre de 1984, y algunos Tribunales han extendido el reconocimiento a las parejas homosexuales [STSJ (Social) de Cataluña de 6-5-2004 (AS 2104)], aunque curiosamente se ha denegado en caso de funcionarios, como pone de manifiesto la STSJ de Madrid (Cont-Adv.) de 15-3-2002 (RJCA 827). Comentando una resolución estimatoria de dicha equiparación, vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Homosexualidad y Seguridad Social. A propósito de la STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000*, AS, nº 19, 2001, pp. 27 y ss; en ese lugar, y a continuación, comenta la misma sentencia M. SAN MARTÍN CIDRIÁN.

⁴⁰² En ámbitos próximos a la Seguridad Social sí se puede apreciar un acercamiento. A modo de ejemplo, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre (desarrollada por el RD 738/1997), establece ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y califica como beneficiario indirecto de esas ayudas no sólo al cónyuge del fallecido, sino también a «la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». En sentido análogo, el Real Decreto-Ley 8/2004, de 5 de noviembre, también establece esa equiparación a efectos de acceder a la condición de beneficiario de las indemnizaciones por fallecimiento de los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. Las ayudas e indemnizaciones por actos terroristas se mueven en las mismas coordenadas, como demuestran el art. 3.2.b) Ley 32/1999, desarrollado en este

extranjero⁴⁰³, lo que por un lado no supone un trato discriminatorio respecto del matrimonio⁴⁰⁴, y por otro incluso podría beneficiar a los interesados⁴⁰⁵. El conviviente de hecho no resulta asimilable al cónyuge legítimo, y no puede ser considerado cónyuge

punto por el art. 14 RD 1912/1999, y el art. 7.2.a) del Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por RD 288/2003.

⁴⁰³ Esa regla general cuenta con excepciones, alguna de ellas notable, como el caso brasileño. El art. 226.3 de la Constitución Brasileña dispone que «*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*»; en consonancia, el art. 16.1 de la Ley brasileña nº 8.213, de 24 de julio de 1991, atribuye la condición de beneficiarios del asegurado en el Régimen General no sólo al cónyuge, sino también «*a companheira, o companheiro*», entendiéndose por tal «*a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurádo ou com a segurada*». Respecto a la pensión de viudedad, el art. 76 de esa norma dispone que «*o cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica*». Por su parte, el art. 15 del Código de Trabajo salvadoreño de 31 de julio de 1972 advierte que las referencias al cónyuge del trabajador o del empleador comprenden al «compañero de vida», considerando como tal «la persona que viviere en concubinato con cualquiera de ellos a la fecha en que se invoque tal calidad, cuando dicha relación hubiere durado siquiera un año, o que de ella hubiere nacido por lo menos un hijo común, y siempre que ninguno de ellos fuere casado». El art. 5.a) de la Ley hondureña del Seguro Social (Decreto nº 080-2001, de 1 de junio de 2001) afirma asimismo que la exclusión del trabajo familiar afecta tanto al cónyuge como al «compañero o compañera de hogar». En Panamá, el art. 56.A Ley Orgánica Panameña de la Caja de Seguro Social y Reglamentos que la complementan (Decreto-Ley nº 114, de 27 de agosto de 1954, por el que se modifica la Ley 134, de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social) reconoce la condición de beneficiaria a la «viuda del asegurado o pensionado fallecido. A falta de viuda corresponderá el derecho a la mujer que convivía con el causante en unión libre, a condición de que no hubiere existido impedimento legal para contraer matrimonio y de que la vida en común se hubiere iniciado por lo menos cinco años antes del fallecimiento del asegurado, o antes del otorgamiento de la pensión si se trata de un pensionado [...]. Si la compañera quedare en estado de gravidez al fallecimiento del asegurado o pensionado o si tuvieren hijos en común, se prescindirá del requisito de declaración previa del asegurado». En Australia se prefiere el concepto de «miembro de la pareja» (necesariamente heterosexual), en el que se puede incluir tanto al cónyuge como al conviviente de hecho, si bien el art. 4 de la Ley de Seguridad Social de 1991 (*Social Security Act, nº 46 of 1991*) establece una serie de criterios para determinar la existencia de un vínculo análogo al matrimonio, como la convivencia efectiva, la contribución mutua a los gastos derivados de esa convivencia, las opiniones de amigos y personas cercanas sobre la naturaleza de la relación, la participación como pareja en actos sociales, la duración de la relación y los contactos de carácter sexual (*any sexual relationship between the people*), entre muchos otros. En Corea del Sur, el art. 3.(2) de la *Nacional Pension Act* de 31 de diciembre de 1986 afirma que «*spouse, husband or wife, shall each include a person who has a de facto marital relationship*». En Bélgica, el matrimonio se equipara al *contrat de cohabitation*; vid. http://www.inasti.be/fr/tools/publications/rights_obligations_fr.pdf; otros ordenamientos, como el británico, han optado por equiparaciones parciales, (v.gr. extinción de la pensión de viudedad por convivencia de hecho); vid. A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pp. 389 y ss.; S. VANSTEENKISTE, «La protección familiar en la Seguridad Social belga», en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia, La Ley*, Madrid, 1999, pp. 75-76; E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Income Support. Una prestación de garantía mínima para ciertos grupos de ciudadanos*, RTSS (CEF), nº 207, 2000, pp. 20-22.

⁴⁰⁴ Vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre; comentarios a la misma por M. ALONSO OLEA, *Familia, matrimonio y pensión de viudedad*, REDT, nº 46, 1991, pp. 311 y ss.; y F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1991, pp. 44 y ss.

⁴⁰⁵ Vid. FARGAS FERNÁNDEZ, *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 177 y ss.

quien haya contraído matrimonio conforme a una forma no reconocida por el Estado⁴⁰⁶, como por ejemplo el rito gitano⁴⁰⁷.

Sin embargo, razones de justicia han motivado decisiones puntuales en las que una unión de hecho se convierte en matrimonio *de facto* con repercusión exclusiva en el ámbito de la Seguridad Social⁴⁰⁸. Cabe destacar asimismo la STC 199/2004, de 15 de noviembre, que ha considerado discriminatoria la diferencia de trato entre los matrimonios inscritos en el Registro Civil y los no inscritos cuando éstos se han celebrado en forma religiosa aceptada por el Estado. El propósito es reconocer al cónyuge superviviente, también en este segundo supuesto, la pensión de viudedad. La misma doctrina, por cierto, ha sido recogida por la STS de 15-12-2004 (Ar. 2170/2005), que además convalida un matrimonio evangélico celebrado en 1989, esto es, con anterioridad a su reconocimiento como forma matrimonial lícita por la Ley 24/1992.

Con independencia de que la decisión de no inscribir pretenda eludir las consecuencias legales aparejadas al válido matrimonio, como la pérdida de una previa pensión de viudedad, el requisito que minimizan el TC y el TS entronca directamente con la seguridad jurídica, con la justicia y con la propia eficacia del Derecho⁴⁰⁹, en la medida que el matrimonio no inscrito únicamente será tomado en consideración por expreso deseo de las partes⁴¹⁰; de este modo, la voluntad de las partes determina los efectos que ha de desplegar la institución matrimonial en materia de Seguridad Social, porque en ámbitos diferentes a la pensión de viudedad –límites de rentas o prestación de servicios para el conviviente, entre otros ejemplos- el Sistema ha considerado la

⁴⁰⁶ Vid. M.A. CASTRO ARGÜELLES, *El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el «rito gitano»*, AS, nº 20, 2000, pp. 27 y ss.

⁴⁰⁷ Vid. SSTSJ de Madrid de 7-11-2002 (AS 3376) y de Cataluña de 12-12-2002 (AS 422/2003).

⁴⁰⁸ Así se constata, por ejemplo, en la STC 180/2001, de 17 de septiembre. La doctrina resultante tiene un alcance limitado, pues resuelve sobre una convivencia de hecho producida en su mayor parte -sobre cuarenta años totales, los treinta y tres últimos- durante un periodo en el que la principal forma de celebración del matrimonio era la canónica y únicamente cabía matrimonio civil si se declaraba expresamente que no se profesaba la religión católica; la negativa de las partes a efectuar esta declaración es amparada por el TC con base en la libertad religiosa, de lo que se infiere una equiparación entre estas uniones de hecho y el matrimonio.

⁴⁰⁹ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 10-7-1998 (AS 3559) y de Asturias de 3-10-2003 (JUR 41570/2004), esta última casada por la STS de 15-12-2004 (recurso núm. 6074/2003). De interés especial resulta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14-10-1999 (AS 613/2000), según la cual el matrimonio canónico no inscrito puede extinguir la pensión de viudedad y, correlativamente, también puede generarla.

⁴¹⁰ El art. 61 CC *in fine* advierte que «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas», lo que, entre otros muchos efectos, justifica la denegación de la pensión de viudedad si ello supone la minoración de la pensión de un excónyuge; vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, «Artículo 174», en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003, pp. 906-907; A. DÍAZ MÉNDEZ, *Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio*, AL, nº 12, 2001, pp. 234-237.

relación como una unión de hecho, debido a que no conoce, y en ocasiones ni siquiera cuenta con posibilidades de hacerlo, que el matrimonio se ha celebrado⁴¹¹.

La equiparación al matrimonio válidamente celebrado e inscrito de determinadas situaciones de convivencia es una opción legítima⁴¹², pero privativa del legislador⁴¹³. En particular, la concesión de una pensión de viudedad al conviviente de hecho implica un trato igual al dispensado al cónyuge; y esa ficción jurídica, de defenderse, debe extenderse también al resto de supuestos en los que el Sistema de Seguridad Social toma en consideración el matrimonio⁴¹⁴ -v.gr. campo de aplicación⁴¹⁵-, porque hasta el momento los esfuerzos reivindicativos se han limitado a la pensión de viudedad⁴¹⁶, incluso por parte de la OIT⁴¹⁷. Si se apuesta por esa interpretación han de respetarse las exigencias de la seguridad jurídica, de forma que la Administración, y en su caso los

⁴¹¹ Vid. M.L. LABACA ZABALA, *Matrimonio religioso canónico no inscrito en el Registro Civil y denegación de la pensión de viudedad: ¿existe violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley?* STC 199/2004, de 15 de noviembre, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 15, 2005, pp. 3 y ss.; P. RIVAS VALLEJO, *Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad*, AS, nº 1, 2001, pp. 3353 y ss.

⁴¹² Vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, *La renovación del «Pacto de Toledo» y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuestas para la reforma de la viudedad*, RL, nº 19, 1999, pág. 50.

⁴¹³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Uniones de hecho y protección social*, RL, nº 23, 1996, pp. 9-10; M.T. DÍAZ ANZARTE, *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 106-107; L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 185 y ss.; I. CAMÓS VICTORIA, "La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 163 y ss.

⁴¹⁴ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Convivencia estable «more uxorio» y trabajo familiar: ¿es necesario un nuevo pronunciamiento para unificación de doctrina?*, Tribuna Social, nº 180, 2005, pp. 23 y ss.

⁴¹⁵ Vid. STSJ de la Rioja de 31-3-1998 (AS 626), comentada por G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho*, AS, nº 4, 1998, pp. 19-23.

⁴¹⁶ Vid. E. BORRAJO DACRUZ, *Pensión de viudedad y matrimonio legal*, AL, nº 48, 1990, pág. 2169; R. QUESADA SEGURA, "Pensión de viudedad", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pp. 708 y ss.; J. FARGAS FERNÁNDEZ, *Familia de hecho y prestaciones de la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 117, 1992, pp. 123 y ss.; M.A. PÉREZ ALONSO, *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 221 y ss.; J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO y A. PARDELL VEÁ, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1997, pp. 51 y ss.; M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, CARL, Sevilla, 2002, pp. 175 y ss.; A. SEOANE GARCÍA, *Pensión de viudedad y matrimonios irregulares*, RDS, nº 27, 2004, pp. 125 y ss.; A. TAPIA HERMIDA, *La pensión de viudedad en el marco de la protección a la familia sin matrimonio de hecho en el Sistema español de Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 105, 1991, pp. 81 y ss.

⁴¹⁷ A modo de sugerencia, la Base 13 del Anexo recogido en la Recomendación nº 67 OIT aludía como posible beneficiaria de las prestaciones por muerte y supervivencia «a la mujer que no estando casada haya cohabitado con el *de cuius*». La limitación por género trae causa de la fecha de adopción de la Recomendación, el 12 de mayo de 1944, pero la voluntad de esa Recomendación es clara, pues entiende que en tales casos las prestaciones por muerte y supervivencia «deberían pagarse».

órganos jurisdiccionales, puedan comprobar en todo momento la efectiva existencia de matrimonio o de situación análoga⁴¹⁸.

La práctica depara situaciones cada vez más complejas en las que la distinción entre matrimonio y unión de hecho, sin más, resulta insuficiente. Así sucede con los supuestos de convivencia de dos personas del mismo sexo biológico, pero al menos una de ellas transexual; la falta de reconocimiento legal del cambio de sexo deriva en la imposibilidad de contraer matrimonio. Esta situación, hasta ahora ignorada por el legislador, genera conflictos no sólo en España⁴¹⁹. El principio de igualdad y no discriminación se constituye en el argumento básico de las reclamaciones, que han desbordado la legalidad estatal y han alcanzado ya tanto al TJCE como al TEDH⁴²⁰. Sobre la base de la Convención Europea de Derechos Humanos, ambos tribunales han declarado discriminatoria la nulidad incondicional del matrimonio entre un transexual y una persona de su mismo sexo biológico⁴²¹.

Por lo que respecta al TS, en la década de los ochenta comenzó a admitir el cambio legal de sexo, pero desde una perspectiva «netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto a ésta no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos»⁴²²; además, añadía que «el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por

⁴¹⁸ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Uniones de hecho y protección social", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pág. 53; J. GARCÍA ABELLÁN, *Las situaciones familiares anómalas y el Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 136, 1982, pp. 7 y ss.

⁴¹⁹ Vid. M. ALONSO OLEA, *El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)*, REDT, nº 87, 1998, pp. 5 y ss.; M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, *Transexualidad y discriminación*, REDT, nº 96, 1999, pp. 601 y ss.; M.A. VICENTE PALACIO, *Transexualidad y contrato de trabajo (breves consideraciones a propósito de la STJCE de 30 de abril de 1996)*, Tribuna Social, nº 67, 1996, pp. 55 y ss.

⁴²⁰ Vid. A.J. ADRIÁN ARNAIZ, *La Sentencia K.B. del TJCE de 7 de enero de 2004: un paso fundamental para la perspectiva de la ciudadanía europea y la construcción de una Europa social*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 10, 2005, pp. 3 y ss.; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 54 y ss.

⁴²¹ Vid. STJCE K.B v. National Health Service Pensions Agency de 7-1-2004 (asunto C-117/2001) y SSTEDH Christine Goodwin v. Reino Unido de 11-7-2002, I. v. Reino Unido, de la misma fecha, y Van Kück v. Alemania de 12-9-2003. En sentencias anteriores sobre la situación de los transexuales, las decisiones del TEDH, y los votos particulares que las acompañan, demuestran las dificultades a las que se ha tenido que enfrentar el Tribunal; vid. STEDH Sheffield y Horsham v. Reino Unido, de 30-7-1998, B. v. Francia, de 25-3-1992 y Rees v. Reino Unido, de 17-10-1986.

⁴²² Cfr. STS (Civil) de 2-7-1987 (Ar. 5045).

inexistentes»⁴²³. El devenir posterior supuso una progresiva aceptación de la validez de esos matrimonios⁴²⁴, siempre y cuando la sentencia que autorizase el cambio de sexo no privase expresamente al transexual de capacidad matrimonial⁴²⁵.

La STS (Civil) de 6-9-2002 (Ar. 7180) ha supuesto un cambio de orientación, en armonía con los tribunales europeos. En ella, el TS admite que los transexuales pueden contraer matrimonio cuando hayan completado con éxito las tres fases de las que consta el cambio de sexo⁴²⁶. Se elude así toda incompatibilidad con la STEDH *Christine Goodwin versus Reino Unido*, que en su apartado 85 reconocía la competencia del Estado en orden a «determinar, concretamente, las condiciones que debe reunir un transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que realmente ha habido un cambio de sexo y aquéllas en las que un matrimonio anterior deja de ser válido, o incluso las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, las informaciones a proporcionar a los futuros esposos)»; cuestión distinta, y en ello consistía el reproche del TEDH, es que un Estado pueda privar completamente a los transexuales del derecho al matrimonio.

La interpretación jurisprudencial permite, al menos para los españoles, obviar el problema que supondría la completa negativa al matrimonio de los transexuales. Por consiguiente, el ingreso o la exclusión del ámbito subjetivo del Sistema –por la prestación de servicios de uno a favor del otro en los términos antevistos⁴²⁷–, y el eventual derecho a prestaciones, atenderán a que se haya celebrado o no el correspondiente enlace. Además, el reconocimiento del matrimonio entre personas del

⁴²³ Cfr. STS (Civil) de 19-4-1991 (Ar. 2725).

⁴²⁴ Vid. N. PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, pp. 132 y ss.; J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “Matrimonio civil: heterosexualidad jurídica o biológica (La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico”, en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 187 y ss.; M.D. TOLDRÁ I ROCA, “La unión de las personas transexualizadas: límite jurisprudencial al «*ius nubendi*»”, en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 447 y ss.

⁴²⁵ Vid. STS de 3-3-1989 (Ar. 1993) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 (dos) y 31-1-2001 (Ar. 2568, 2569 y 5095). En sentido contrario, vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2-10-1991 (Ar. 8611).

⁴²⁶ En algún caso se ha reconocido la pensión de viudedad con anterioridad a la firmeza de la sentencia por la que se autorizaba el cambio de sexo, pues se había probado que tras esa autorización la celebración del matrimonio sería inminente; vid. STSJ de Canarias/Las Palmas de 7-11-2003 (AS 3635), comentada por C. FERREIRO REGUEIRO, *Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo*, AS, Tomo V, 2003, pp. 472-475; ello choca con la doctrina judicial que ha exigido efectiva celebración del matrimonio, denegando la pensión de viudedad si la muerte se produjo con anterioridad, a pesar de acreditarse la voluntad de contraer matrimonio mediante la realización de todos los trámites oportunos; vid. STS de 19-11-1998 (Ar. 10008) y SSTSJ del País Vasco de 17-12-2002 (JUR 133848/2004) y de Extremadura de 22-4-2003 (JUR 200512).

mismo sexo –y la más que posible flexibilización del cambio de sexo jurídico con la «Ley de identidad»⁴²⁸ - previene las controversias entre españoles, ya que al eliminar las trabas al matrimonio homosexual es claro que el transexual que mantenga una relación de afectividad análoga con otra persona tiene el *status* de conviviente de hecho y no por ello es discriminado⁴²⁹.

Comoquiera que la capacidad matrimonial se rige por la ley personal de los contrayentes⁴³⁰, el Sistema español, en atención precisamente a la jurisprudencia comunitaria y del TEDH, debería equiparar al matrimonio las uniones de hecho que no hayan podido constituirse en matrimonio por la prohibición absoluta del correspondiente Estado con base en una rigurosa aplicación del criterio cromosómico. De lo contrario, tras la obtención de una sentencia favorable los perjudicados tendrían derecho al resarcimiento correspondiente por daños y perjuicios, y les debería ser reconocida una pensión de viudedad en su caso. Se produciría, de este modo, una equiparación individual con efectos parciales (pensión de viudedad), que limitaría la asimilación al matrimonio de la previa unión entre el transexual y su pareja a estos solos efectos, y, por consiguiente, sin incidencia en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

Junto a la convivencia de hecho y a la capacidad matrimonial de los transexuales, cabe referirse a un supuesto particular, pero cada vez con mayor repercusión en el Sistema de Seguridad Social: la poligamia, en sus dos vertientes de poliandria (mujer casada con dos o más hombres) y, la más frecuente, poliginia (varón unido a dos o más esposas). Como se sabe, el art. 217 CP tipifica como delito la celebración «de segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior», y establece como sanción una «pena de prisión de seis meses a un año»⁴³¹.

⁴²⁷ IX.7.

⁴²⁸ El borrador del Proyecto de Ley prevé el cambio de nombre y sexo en el Documento Nacional de Identidad sin necesidad de sometimiento previo a operación quirúrgica de reasignación genital; vid. http://observatori.fem-xarxa.net/article.php3?id_article=112.

⁴²⁹ Vid. N. PÉREZ CÁNOVAS, *Transexualidad y matrimonio*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002, pp. 430 y ss.

⁴³⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003, pp. 70 y ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 57 y ss.

⁴³¹ Vid. J.M. PRATS CANUT, «Delitos contra las relaciones familiares», en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Tercera Edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 537 y ss.; A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Comares, Granada, 1997, pp. 43 y ss.; M. ALENDA SALINAS, *Matrimonio religioso y delito estatal de bigamia*, Revista Española de Derecho Canónico, nº 55, 1998, pp. 695 y ss.

La aplicación de la Ley Penal está supeditada a un riguroso criterio territorial, como dispone el art. 8.1 CC⁴³², que atiende al lugar de comisión del delito⁴³³. El art. 23 LOPJ, sin embargo, aclara que el orden penal de la jurisdicción –y en estos casos el alcance de la jurisdicción y el de la ley están indisolublemente ligados- puede extenderse más allá del territorio español, pero se exigen una serie de requisitos (nacionalidad española del infractor, punibilidad de la conducta en el lugar de ejecución, denuncia o querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal y ausencia de cumplimiento de condena o absolución por ese hecho)⁴³⁴ que evidentemente no permiten perseguir el matrimonio bigamo o poligámico entre extranjeros celebrado de acuerdo a su legislación específica en otro país, pero sí el de un español contraído fuera de España⁴³⁵.

En caso de españoles, únicamente se tomará en consideración el primer enlace, pues es nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un anterior vínculo matrimonial⁴³⁶ (art. 73.2 CC en relación con el art. 46.2 del mismo texto legal)⁴³⁷. Sin embargo, la capacidad matrimonial se rige por la ley personal, que viene determinada por la nacionalidad (art. 9 CC); en consecuencia, aunque el ordenamiento español haya optado por la monogamia⁴³⁸, no puede impedir que en otros se reconozcan como válidos varios vínculos matrimoniales simultáneos; de este modo, si su ley personal lo admite un extranjero podría contraer varios matrimonios al mismo tiempo sin que por ello incurra en el delito tipificado por el art. 217 CP.

El bien jurídico protegido por el precepto penal «es el matrimonio, como institución nuclear de la estructura jurídica de la familia, y cuyo carácter monogámico y estatuto jurídico se ven lesionados» ante la celebración de segundo o ulterior

⁴³² A tenor de dicho precepto, «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

⁴³³ Vid. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 143 y ss.; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 239 y ss.

⁴³⁴ Vid. J.J. Díez SÁNCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley Penal)*, Colex, Madrid, 1990, pp. 99 y ss.; C. BLANCO LOZANO, *Derecho Penal. Parte General*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 255 y ss.; J.M. ZUGADÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 333-336.

⁴³⁵ Vid. STS (Penal) de 3-7-1989 (Ar. 6052) y SAN de 26-3-2001 (JUR 178857).

⁴³⁶ La celebración de matrimonio no priva a los cónyuges de su respectiva capacidad matrimonial, sino únicamente de la posibilidad de prestar válidamente consentimiento matrimonial en tanto subsista ese vínculo; vid. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 74.

⁴³⁷ En alguna ocasión, por excepción, se han reconocido derechos de Seguridad Social a todos los cónyuges por la ausencia de declaración formal de nulidad respecto de alguno de los matrimonios; vid. SSTSJ de Asturias de 30-11-2001 (AS 4197) y de Madrid de 26-12-2003 (AS 995/2004).

⁴³⁸ Vid. STS (Penal) de 31-1-1986 (Ar. 212).

matrimonio⁴³⁹, por cuanto «lo que se protege, en definitiva, es la institución matrimonial monogámica como única institución lícita para modificar el estado civil a través del matrimonio»⁴⁴⁰; lógicamente, cuando un ordenamiento jurídico configura el matrimonio a partir de valores diferentes, y a ese ordenamiento remite la ley personal de los contrayentes, tales consideraciones decaen, porque el ordenamiento español presupone que el segundo matrimonio implica adulterio, atenta «contra la dignidad»⁴⁴¹ y lesiona derechos subjetivos del primer cónyuge⁴⁴².

Por ello, es dudoso que el segundo o ulterior matrimonio celebrado en España por extranjeros conforme a su ley personal deba reputarse nulo⁴⁴³, por contrario al orden público internacional⁴⁴⁴, porque los arts. 9.1 y 50 CC remiten a la ley personal en lo relativo a la capacidad, estado civil, derechos y deberes de familia y forma y efectos del matrimonio⁴⁴⁵. A la postre, el art. 16 CE consagra la libertad religiosa, y el matrimonio poligámico celebrado por personas legitimadas para ello por su ley personal no atenta contra las libertades públicas y derechos fundamentales, ni contra la seguridad y salud de los demás, y ni siquiera contra la moralidad pública justamente entendida, únicos

⁴³⁹ Cfr. J.J. GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra las relaciones familiares», en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 350; en el mismo sentido, vid. M.A. MORETÓN TOQUERO, *Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 9 y ss.

⁴⁴⁰ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (Parte Especial)*, Decimocuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 290.

⁴⁴¹ Vid. Resolución de la DGRN de 10-12-2004 (JUR 79607/2005).

⁴⁴² Vid. J.E. FERNÁNDEZ PINÓS y C. DE FRUTOS GÓMEZ, *Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 175 y ss.; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Delitos relativos a los matrimonios ilegales*, Actualidad Penal, 2001, pág. 1144.

⁴⁴³ No obstante, el TEHD admite que un Estado «puede legítimamente impedir que las normas de derecho privado de inspiración religiosa que atenten contra el orden público y los valores de la democracia en el sentido del Convenio (por ejemplo las normas que permiten la discriminación basada en el sexo de los interesados, tales como la poligamia, los privilegios para el sexo masculino en el divorcio y la sucesión) encuentren aplicación bajo su jurisdicción. La libertad de suscribir contratos no puede usurpar el papel del Estado consistente en organizar de forma neutra e imparcial el ejercicio de las religiones, cultos y creencias»; cfr. STEDH Refah Partisi v. Turquía, de 13-2-2003.

⁴⁴⁴ Vid. B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998, pp. 240 y ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 289 y ss. El orden público interno e internacional constituyen nociones diferentes, que se representan gráficamente mediante círculos concéntricos: mientras que no toda regla de orden público interno es regla de orden público internacional, todas las reglas de orden público internacional son asimismo reglas de orden público interno; vid. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004, pp. 335-336.

⁴⁴⁵ No se puede olvidar que la Ley 13/2005 admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y que, en una interpretación quizás demasiado generosa, la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE de 8 de agosto), reconoce la validez del matrimonio celebrado entre español y extranjero aunque la ley personal de este último establezca un impedimento para contraer matrimonio homosexual.

límites a ese derecho fundamental a tenor del art. 3 LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁴⁴⁶.

Este conflicto de civilizaciones plantea interesantes cuestiones desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social, cada vez más frecuentes en la práctica⁴⁴⁷. Con independencia de las limitaciones al derecho de reagrupación familiar, pues «en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial»⁴⁴⁸, no hay obstáculo para que, cumpliendo los oportunos requisitos, accedan a España, y se encuentren en situación regular, varias personas unidas entre sí por vínculos matrimoniales. Los tribunales ya han conocido de esta clase de supuestos, con el propósito –nuevamente- de identificar al beneficiario de la pensión de viudedad, en la medida que concurren varios cónyuges con un vínculo matrimonial válido y subsistente. La opción más ortodoxa, desde la perspectiva de la técnica jurídica, consiste en reconocer uno solo de los matrimonios, el primero en realidad, sobre la base del conocido aforismo *prior in tempore, potior in iure*. El art. 12.3 CC, no se olvide, es taxativo al disponer que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»⁴⁴⁹, y el Reglamento comunitario 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, exceptiona de la obligación de reconocer decisiones y de dotar de fuerza ejecutiva a documentos públicos de otro Estado cuando sean manifiestamente contrarios al orden público del Estado requerido (arts. 34.1 y 57.1 Reglamento 44/2001)⁴⁵⁰.

En consecuencia, no hay razón para negar la validez de los matrimonios poligámicos celebrados en España por personas que puedan contraerlo conforme a su estatuto personal.

⁴⁴⁶ Vid. I. SEGRELLES DE ARENAZA, “Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia”, en AA.VV., *Política criminal y reforma penal*, EDESA, Madrid, 1993, pp. 1051 y ss.

⁴⁴⁷ «Conflicts of civilisation are a fascinating topic of research. However, in practice, these conflicts are probably among the most difficult to settle»; cfr. M.C. FOGLETS, “Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?”, en F. STRIJBOSCH y M.C. FOGLETS, *Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999, pág. 8.

⁴⁴⁸ Art. 17.1.a) LOE.

⁴⁴⁹ Vid. STSJ de Cataluña de 30-7-2003 (AS 3049).

⁴⁵⁰ Estos preceptos se refieren a decisiones judiciales o títulos ejecutivos (letras de cambio, pagarés, cheques, etc.), por lo que de ordinario se mueven en coordenadas diversas a aquéllas en las que se sitúa la acreditación de la celebración de matrimonio. Idénticas precisiones efectúan los Convenios de Bruselas de 1968 -arts. 27.1 y 50- y Lugano de 1988. Recuérdese, por cierto, que la sustitución del Convenio de Bruselas por el Reglamento 44/2001 no ha sido total, ya que el primero sigue siendo de aplicación, como una especie de convenio bilateral, entre Dinamarca y cada uno de los Estados Miembros de la UE, según el art. 1.3 Reglamento comunitario 44/2001. El Convenio de Lugano sigue en vigor, y comprende, además de los Estados de la UE, a Islandia, Suiza y Noruega, aunque no a Liechtenstein, que no lo ha ratificado; vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho*

Sin embargo, cabe otra interpretación, seguramente con una base más cercana a la equidad, pero que cuenta con el innegable aval del respeto a situaciones jurídicas válidamente constituidas y consolidadas, y a los derechos que de tales situaciones naturalmente se derivan. No se produce en este supuesto la remisión, vía norma de conflicto, a una ley foránea que contraría el orden público español, sino que debe determinarse si una institución expresamente proscrita en España puede desplegar efectos cuando el correspondiente negocio jurídico se celebra válidamente conforme a la ley aplicable. La cuestión, pues, se desplaza al terreno del reconocimiento de efectos; y en ese contexto el orden público no debe actuar con tanto rigor, por un elemental respeto a manifestaciones culturales que han de coexistir —y con mayor intensidad en un futuro cercano— con tradiciones patrias⁴⁵¹. El orden público no ha de servir como «instrumento de tutela de la integridad moral de la sociedad nacional»⁴⁵², sino como garantía de un nivel mínimo de seguridad y autonomía individual, puesto que el orden público como límite a la norma de conflicto constituye una excepción, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente⁴⁵³. El reconocimiento de efectos, por lo demás, permite mantener la prohibición, como lesión al orden público, de determinadas prácticas amparadas en la tradición de un determinado pueblo, y más aquéllas que vulneran derechos fundamentales como la integridad física, frecuentes en algunas culturas.

Sin lugar a dudas habría que acreditar la celebración del matrimonio, utilizando para ello los medios de prueba que señale la ley rectora de la forma de celebración⁴⁵⁴, y la ley de ambos cónyuges ha de admitir la poligamia⁴⁵⁵. En caso de matrimonios

Internacional Privado, Volumen I, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003, pp. 82 y ss y 360-361; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004, pp. 645 y ss.; J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, *Reglas determinantes de la competencia judicial en materia laboral en el Derecho Comunitario*, TL, nº 65, 2002, pp. 30 y ss.

⁴⁵¹ Vid. O. MOLINA HERMOSILLA, *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes*, AS, nº 8, 2001, pp. 29-32; C. CHACARTEGUI JÁVEGA, “La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 132; M.F. DE NO VÁZQUEZ, *Poligamia y pensión de viudedad*, AL, Tomo II, 2004, pp. 1899 y ss.

⁴⁵² Cfr. A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 148-149.

⁴⁵³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2003, pág. 83.

⁴⁵⁴ Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Sexta Edición, Eurolex, Madrid, 1995, pág. 310.

⁴⁵⁵ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003, pág. 75.

inscribibles en el Registro Civil, cuando proceda⁴⁵⁶, los documentos expedidos por un funcionario extranjero requieren legalización, salvo que exonere de ese trámite un convenio internacional (art. 88 del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958), o bien que su autenticidad conste al encargado del registro, sea directamente, sea por haber recibido el documento por vía oficial o por diligencia bastante (art. 89 de la misma norma)⁴⁵⁷. La legalización únicamente supone un reconocimiento formal de autenticidad del documento, y no un control jurídico sobre su contenido, que no corresponde al cónsul, sino al juez.

La legalización, por consiguiente, tiene el propósito de comprobar «la autenticidad de la firma de un documento público otorgado por autoridad extranjera, así como la condición o cualificación de la autoridad en cuestión»⁴⁵⁸, y no de valorar si el negocio jurídico allí reflejado se ajusta a las prescripciones del ordenamiento español⁴⁵⁹. Es una exigencia en desuso, puesto que el Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, ratificado por más de setenta Estados⁴⁶⁰, y entre ellos España⁴⁶¹, exime de tal requisito a los documentos públicos emitidos por uno de los Estados parte y que hayan de presentarse en otro Estado parte; la legalización se sustituye así por la apostilla, que consiste en la comprobación de «la autenticidad de la firma, la calidad en que el

⁴⁵⁶ La inscripción requiere que el matrimonio se celebre en España o que al menos uno de los contrayentes posea la nacionalidad española, a tenor del art. 15 Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957. No obstante, también cabe la inscripción de matrimonios entre extranjeros celebrados fuera de España cuando sea menester para proceder a una inscripción marginal; vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 217 y ss.

⁴⁵⁷ La legalización «a efectos del Registro, se hará, tratándose de documentos extranjeros, por el Cónsul español del lugar en que se expidan o por el Cónsul del país en España» (art. 90 Reglamento del Registro Civil); vid. A. DÍAZ MÉNDEZ, *Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio*, AL, nº 12, 2001, pp. 241 y ss.

⁴⁵⁸ Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 498.

⁴⁵⁹ El art. 600 LEC 1881 se ocupaba de la fuerza probatoria de los documentos extranjeros, y en su primer punto expresamente descartaba su toma en consideración cuando el acto reflejado en el documento contrariaba la legislación española. Su equivalente actual, el art. 323 Ley 1/2000, establece únicamente requisitos formales (respeto a la forma del país de emisión, legalización o apostilla), sin referencia al orden público. Es cierto, no obstante, que la doctrina ya había puesto de manifiesto que la alusión a la vulneración de la ley española no constituye una exigencia para la fuerza probatoria, sino una condición de validez del acto, que, vulnere o no normas internas, debe entenderse probado; vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 495 y ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Sexta Edición, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 312-313; F. ESCRIBANO MORA (Coord.), *El proceso civil. Volumen III. Libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2390-2391; A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 568-569.

⁴⁶⁰ Vid. http://wwwn.mec.es/mecd/atencion/educacion/hojas/F_Direcciones/apostilla.htm.

⁴⁶¹ Vid. Instrumento de 10 de abril de 1978 (BOE de 15 de septiembre).

signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente» (art. 2)⁴⁶². Por el contrario, cuando los matrimonios no son inscribibles en el Registro Civil, como sucede con los matrimonios poligámicos⁴⁶³, la acreditación ha de realizarse por los medios de prueba que al efecto considere pertinente la ley rectora de la forma de celebración, aunque normalmente tendrá lugar a través de la oportuna certificación del registro civil extranjero, legalizada por las autoridades consulares cuando fuera necesario⁴⁶⁴.

Las uniones poligámicas no sólo existen *de facto*, sino que se encuentran plenamente reconocidas en otros Estados. El ordenamiento español ha de aceptar – tolerar si se quiere- esa clase de situaciones, y resulta dudoso que el aplicador de la norma pueda priorizar entre varios cónyuges -todos ellos legítimos conforme a su ley personal- con base en criterios no definidos (el primero en el tiempo habitualmente, pero ese tiempo puede ser el de celebración del matrimonio, o el de la solicitud de la pensión, o el de la entrada en España o el de conocimiento y/o reconocimiento del enlace por el ordenamiento español); a la postre, hacer de mejor derecho a un cónyuge que a otro por un mero factor temporal podría resultar incoherente -e incluso discriminatorio por razón de sexo si se deja al arbitrio de uno solo de los contrayentes, normalmente el varón-⁴⁶⁵, y más en cuestiones como la pensión de viudedad, que el Sistema concede también en caso de separación, divorcio e incluso nulidad (art. 174.2 LGSS). No se está en presencia de una aplicación de la ley extranjera contraria al orden público, ni del reconocimiento de una sentencia o documento público con fuerza ejecutiva, sino únicamente de la admisión de los efectos que son propios a un matrimonio válidamente celebrado y que no ha sido contraído vulnerando normas

⁴⁶² El art. 2 del Convenio número 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977, establece la exención de legalización, «o formalidad equivalente, con la condición de que estén fechados y firmados, y en su caso, sellados por la autoridad de otro Estado contratante que los haya expedido», de los documentos relativos al «estado civil, a la capacidad o a la situación familiar de las personas físicas, a su nacionalidad, domicilio o residencia, cualquiera que sea el uso al que estén destinados», así como de «cualquier otro documento que haya sido extendido para la celebración del matrimonio o para la formalización de un acto del estado civil». En caso de duda es posible proceder a la comprobación ante la autoridad que ha expedido el documento. El Instrumento de Ratificación data de 27 de enero de 1981 (BOE de 11 de mayo); también ha sido ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza, Turquía y Polonia; vid. <http://www.ciecl.org/>.

⁴⁶³ Vid. Resolución de la DGRN de 14-5-2001 (RJ 1728/2002).

⁴⁶⁴ Vid. A. DÍAZ MÉNDEZ, *Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio*, AL, nº 12, 2001, pp. 241-244.

⁴⁶⁵ Vid. M. ALENDA SALINAS, “Poligamia musulmana y unión de hecho”, en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998, pp. 109 y ss.

españolas⁴⁶⁶. De lo contrario, los matrimonios poligámicos ni siquiera merecerían la consideración de convivencia de hecho, al menos si se atiende al sector doctrinal que califica la monogamia como requisito para el nacimiento de una unión de hecho, aunque el argumento presupone que se está cometiendo adulterio⁴⁶⁷.

Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia francesa⁴⁶⁸, debe adoptarse un concepto de orden público «atenuado» en estos supuestos⁴⁶⁹, que reconozca los efectos pertinentes a los matrimonios celebrados válidamente conforme a la ley personal de los contrayentes⁴⁷⁰. Seguramente, la misma conclusión debiera haberse adoptado, aunque ahora ya carece de relevancia, respecto de los matrimonios homosexuales celebrados válidamente conforme a la ley personal de los contrayentes⁴⁷¹; el matrimonio póstumo, que excepcionalmente se reconoce en otros países respecto de las parejas de los fallecidos en combate, podría constituir otro ejemplo de aplicación de la doctrina del orden público atenuado⁴⁷².

Muestra inequívoca de que la bigamia, o poligamia, no constituye un obstáculo insuperable para el reconocimiento de efectos al matrimonio en materia de Seguridad

⁴⁶⁶ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 291.

⁴⁶⁷ Vid. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1986, pp. 69-70; I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 113-115 y 217.

⁴⁶⁸ «La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laissez se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français»; cfr. sentencias de la *Cour de Cassation Chemouni vs. Chemouni* de 28-1-1958 y 19-2-1963; pueden consultarse en B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998, pp. 235 y ss.

⁴⁶⁹ Ciertamente es que la extensión de la doctrina del «orden público atenuado» tiene efectos meramente en el ámbito del Derecho Privado (liquidación del régimen económico matrimonial, alimentos, sucesiones) y no vincula al Sistema de Seguridad Social, porque una de las causas del rechazo a los matrimonios poligámicos en los Estados occidentales, o al menos así lo ha apuntado un sector doctrinal, es el coste económico que ello supondría para los poderes públicos; vid. A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 156 y ss.; J. ZAMORA, *El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España*, Revista de Derecho Privado, 1982, pp. 112 y ss.; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004, pp. 100-102.

⁴⁷⁰ Vid. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004, pp. 355-356; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, AL, nº 33, 2003, pp. 587 y ss.; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, AS, nº 10, 2005, pp. 78 y ss.

⁴⁷¹ Vid. I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 333 y ss.

⁴⁷² Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003, pág. 78; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 297-299.

Social es, por un lado, la Ley 8/1961, de 19 de abril, que respetaba la religión, usos, costumbres y, en suma, el estatuto personal de los habitantes del Sahara, lo que suponía reconocer el matrimonio poligámico⁴⁷³; y, por otro, de forma mucho más específica, el art. 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos, en el que se dispone que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación», con el consiguiente reconocimiento de la condición de cónyuge viudo a todos los que mantengan vínculo matrimonial con el causante en el momento de su muerte.

Cuestión distinta, y fuente de incertidumbres también en otros ordenamientos que han reconocido efectos al matrimonio poligámico⁴⁷⁴, es que se genere una pensión para cada uno de los cónyuges legítimos o una sola pensión a repartir entre todos ellos; los tribunales han adoptado hasta el momento esta última solución⁴⁷⁵, compartida por un sector doctrinal⁴⁷⁶. No obstante, la equiparación entre la situación de pluralidad de beneficiarios formada por el cónyuge superviviente y los diferentes excónyuges, y la que componen varios cónyuges supervivientes con matrimonio válido y subsistente en el momento del hecho causante, conlleva una igualdad de trato que podría resultar discriminatoria, porque los cónyuges supervivientes reciben la misma consideración que los excónyuges⁴⁷⁷ si únicamente les corresponde la pensión en proporción al tiempo de convivencia (salvo que se entienda, cuestión aún no definida, que todos, por el mero hecho de la subsistencia de válido matrimonio, tienen derecho a una parte alícuota y en todo caso derecho de acrecimiento)⁴⁷⁸. En los matrimonios poligámicos la muerte del

⁴⁷³ Vid. A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pág. 159.

⁴⁷⁴ En el ordenamiento británico, por ejemplo, se han sugerido diferentes soluciones: la concesión plena de beneficios a cada uno de los cónyuges; exclusivamente a uno de ellos (la residencia en Gran Bretaña podría tener una importancia decisiva); el reparto; o la designación efectuada por el cónyuge que genera el derecho; vid. A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995, pp. 387-389.

⁴⁷⁵ Por todas, vid. SSTSJ de Galicia de 2-4-2002 (AS 899) y de Andalucía/Málaga de 30-1-2003 (JUR 96144).

⁴⁷⁶ Vid. M.T. DÍAZ ANZARTE, *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 102-103; A.L. DE VAL TENA, *Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002*, AL, nº 3, 2003, pp. 51-54.

⁴⁷⁷ A modo de ejemplo, vid. STSJ de Madrid de 29-7-2002 (AS 3324); un comentario a la misma por R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia*, AS, nº 19, 2003, pp. 41 y ss.

⁴⁷⁸ Vid. S. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Pensión de viudedad y bigamia. Comentario a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003*, RGDTSS (iustel), nº 5, www.iustel.com; R. LÓPEZ MOSTEIRO, "La poligamia y algunas prestaciones de

causante convierte a todos sus cónyuges en viudos en sentido estricto, y habrían de tener derecho a una pensión de viudedad, al contrario que los excónyuges, cuyo derecho se limita a una «pensión asimilada a la de viudedad»⁴⁷⁹.

Al margen de la pensión de viudedad, el reconocimiento de efectos a todos los matrimonios en caso de bigamia o poligamia ha de repercutir en aquellas situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social tome como referencia al cónyuge⁴⁸⁰. De este modo, también podría incidir en la extensión del ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social, porque la presunción de trabajo familiar se aplicaría a cualquiera de los cónyuges, incluso a todos ellos a la vez si prestasen servicios para la persona con quien han contraído matrimonio, con las consecuencias –positivas o negativas– que ello puede ocasionar. Ahora bien, cuando la prestación de servicios no se da entre cónyuges, sino entre ^H personas que «comparten» un mismo cónyuge, la presunción de laboralidad operaría en toda su intensidad, porque no hay grado de parentesco alguno, ni por consanguinidad ni por afinidad, salvo redefinición de este último parentesco («asimilación a la afinidad»).

9- El trabajo en condiciones de ilegalidad

La legislación de Seguridad Social presupone que la actividad que da entrada al Sistema se desarrolla en condiciones de legalidad. Cabe plantearse, por tanto, qué ocurre con aquellas actividades formalmente protegidas pero que se realizan vulnerando imposiciones o prohibiciones expresas del ordenamiento jurídico. La delimitación de esos supuestos en los que la actividad es contraria a las prescripciones legales es una tarea de por sí compleja, ajena al Sistema de Seguridad Social, y que debe ventilarse conforme a reglas laborales, civiles, administrativas e incluso penales, en función de la actividad.

Es menester prescindir de las situaciones en las que el ingreso en el Sistema no se ha producido por fraude y simulación. No es infrecuente que las partes pretendan encubrir la realidad con el propósito en unas ocasiones de facilitar la incorporación al Sistema, y en otras de eludir las obligaciones que éste impone mediante la ocultación de

Seguridad Social”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1327-1330.

⁴⁷⁹ Cfr. STS de 26-5-2004 (Ar. 5419).

⁴⁸⁰ Vid. M.T. DÍAZ ANZARTE, *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 102-103.

una actividad –o de sus verdaderos rasgos- cuya realización debe conllevar la inclusión en el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social. Estos supuestos resultan de menor trascendencia teórica, porque la irregularidad no afecta a la validez y eficacia del negocio jurídico, que desplegará los efectos que le son propios en el momento en que esa situación quede al descubierto; se trata, a la postre, de una mera cuestión probatoria, ya que materialmente quienes realizan esas actividades son sujetos comprendidos en el campo de aplicación del Sistema⁴⁸¹. Por el contrario, el Sistema no admite a quien desarrolla un trabajo, por cuenta propia o ajena, incumpliendo un mandato legal. El carácter de orden público de muchas de esas prohibiciones o imposiciones legales, y precisamente la naturaleza pública del Sistema de Seguridad Social, justifican que no proteja a quienes no han cumplido los requisitos para desarrollar válidamente una actividad profesional.

Respecto del trabajo asalariado, el Derecho del Trabajo ha matizado el rigor del Derecho Civil, que considera al acto nulo como inexistente, y por tanto sin efectos. Desde la perspectiva laboral esa aproximación resulta insatisfactoria, en la medida que el empresario recibiría una prestación de servicios sin necesidad de compensarlos, enriqueciéndose injustamente a costa de la parte más débil de esa relación, el trabajador. Para evitar esa clase de situaciones, la normativa laboral ha reconocido ciertos efectos a los contratos de trabajo nulos, que se traducen en la concesión al trabajador del derecho a exigir la remuneración correspondiente a un contrato válido por el trabajo que ya hubiese realizado, con independencia de si la nulidad es imputable al trabajador⁴⁸², o al empresario⁴⁸³ (art. 9.2 ET y anteriormente art. 55 Ley de Contrato de Trabajo)⁴⁸⁴. Esa solución priva al trabajador de la protección del Sistema de Seguridad Social contra los riesgos derivados de la actividad –aunque puede exigir responsabilidad al empresario-, y

⁴⁸¹ De interés, por sus peculiaridades, es el supuesto enjuiciado por la STSJ de Andalucía/Sevilla de 1-9-2000 (AL, nº 4, 2001, pp. 289-290), que calificó como laboral un contrato de arrendamiento de inmueble en el que el pago no se efectuaba en metálico, sino a través de la limpieza de otros inmuebles a cargo del arrendatario.

⁴⁸² Vid. STS de 28-4-1986 (Ar. 2259) y SSTSJ de Andalucía/Málaga de 17-11-1997 (AS 4102), de 6-11-1998 (AS 4734) y de 26-2-1999 (AS 5569).

⁴⁸³ Vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 25-3-1997 (AS 487) y de 13-12-1996 (AS 4115), de Andalucía/Granada de 29-1-1997 (AS 242).

⁴⁸⁴ En general, vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 213 y ss.; Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 98 y ss.; L. GIL SUÁREZ, “Validez e invalidez del contrato de trabajo”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 351 y ss. Sobre los defectos en la formalización del contrato de trabajo y su incidencia en la nulidad del mismo, vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002, pp. 197 y ss.

no logra evitar complemente el enriquecimiento injusto, pues la retribución debida al trabajador no incluye la cotización a la Seguridad Social⁴⁸⁵.

La nulidad del contrato constituye un obstáculo por lo general insalvable para acceder al Sistema de Seguridad Social⁴⁸⁶. No obstante, supuestos muy concretos han sido objeto de tratamiento privilegiado, normalmente por la vía de la exégesis jurisprudencial; la razón es que en tales casos se ha entendido que la nulidad del contrato provoca un efecto perverso que magnifica la diferencia de posición de las partes en una relación de trabajo, beneficiando desmesuradamente al empresario y colocando al trabajador en una intolerable situación de inferioridad. De este modo, se dulcifican las consecuencias del contrato nulo, ya sea para conceder a la relación efectos diferentes, y más amplios, que la mera retribución, ya sea para buscar vías alternativas a la nulidad, perspectivas desde las cuales pueda estimarse que se ha celebrado un contrato de trabajo válido.

El referente principal es el contrato de trabajo celebrado por extranjeros en situación irregular. Como se vio, a partir del art. 36.3 LOE se ha puesto en tela de juicio la tradicional exclusión del Sistema del extranjero que presta servicios sin las autorizaciones para residir y/o trabajar⁴⁸⁷. La jurisprudencia ha afirmado que el contrato de trabajo celebrado en esas circunstancias «no es nulo»⁴⁸⁸, y ha extendido la acción protectora del Sistema a los extranjeros irregulares, pero únicamente respecto de los riesgos profesionales, y más concretamente de los accidentes de trabajo⁴⁸⁹.

El reconocimiento del derecho a causar prestaciones de Seguridad Social en supuestos de nulidad del contrato es un remedio excepcional, no la regla general, porque la inclusión en el Sistema depende en estos supuestos de una norma expresa que así lo establezca⁴⁹⁰. Se explica así la diferente solución jurídica, por ejemplo, del trabajo de

⁴⁸⁵ Vid. D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"*, RGDTSS (iustel), nº 6, www.iustel.com.

⁴⁸⁶ Así lo entiende la STSJ de Castilla y León/Burgos de 26-3-2001 (AS 2372) respecto a una asociación de minusválidos que no había obtenido la autorización para la venta de cupones de lotería. Comenta esta sentencia Y. CANO GALÁN, *Denegación de alta en la Seguridad Social a trabajador minusválido por ausencia de autorización administrativa para ejercicio de la actividad empresarial*, AS, nº 12, 2001, pp. 27-30.

⁴⁸⁷ VI.8 y 9.

⁴⁸⁸ Vid SSTS de 9-6 y 29-9-2003 (Ar. 3936 y Ar. 7446).

⁴⁸⁹ En palabras de la STS de 7-10-2003 (Ar. 6497), «el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo».

⁴⁹⁰ En este sentido, el art. L311-2 *Code de Sécurité Sociale* francés dispone que «sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et

menores de dieciséis años⁴⁹¹, siempre, claro está, que no se trate de intervención en espectáculos públicos en los términos del art. 6 ET y art. 2 RD 1435/1985. Al margen de esa excepción, el art. 6.1 ET recoge una prohibición de acceso al empleo motivada por la protección de un valor de orden público: el adecuado desarrollo personal y formativo en la infancia⁴⁹². En consonancia, el menor de dieciséis años carece de aptitud legal para trabajar, por lo que no podrá prestar válidamente su consentimiento y el contrato de trabajo celebrado habrá de reputarse nulo⁴⁹³. Recuérdese que las reglas civiles sobre capacidad y consentimiento para celebrar contratos sirven de complemento a la legislación laboral⁴⁹⁴.

El menor, por consiguiente, no podrá acceder al Sistema de Seguridad Social por el ejercicio de esa actividad⁴⁹⁵, salvo disposición expresa en contrario, como sucede en otros países⁴⁹⁶. No habría posibilidad de afiliación y alta, ni por supuesto obligación de cotizar o derecho a prestaciones. El menor podría sufrir un accidente o enfermedad con ocasión y a consecuencia de ese trabajo, ante cuyas consecuencias el Sistema de Seguridad Social no desplegaría su acción protectora, más allá de la asistencia sanitaria –en condición de beneficiario– y eventualmente de una prestación no contributiva

quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat». La Ley argelina nº 83-11, de 2 de julio de 1983, reproduce la misma previsión en su art. 6.

⁴⁹¹ Vid. STCT de 29-10-1985 (Ar. 5771).

⁴⁹² Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 58-63; B. GARCÍA ROMERO, *La protección jurídico-laboral de los menores*, AS, nº 10, 2001, pp. 70 y ss.; C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991, pp. 46-47.

⁴⁹³ La STSJ de Canarias/Las Palmas de 25-10-2003 (AS 2048) considera que un menor de quince años puede ser sujeto de una relación laboral.

⁴⁹⁴ Vid. STS de 6-4-1984 (Ar. 2046).

⁴⁹⁵ I.5.

⁴⁹⁶ En Italia, el art. 24 de la Ley 977 de 17 de octubre de 1967 dispone que «*i bambini di qualsiasi età, anche se adibiti al lavoro in violazione delle norme sull'età minima di ammissione di cui alla presente legge, hanno diritto alle prestazioni assicurative previste dalle vigenti norme in materia di assicurazioni sociali obbligatorie. Gli istituti assicuratori hanno diritto di esercitare azione di rivalsa nei confronti del datore di lavoro per l'importo complessivo delle prestazioni corrisposte al minore, detratta la somma corrisposta a titolo di contributi omessi*». El art. 1.2 de esa norma define al *bambino* como «*il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all'obbligo scolastico*». Por consiguiente, el menor de edad que trabaje en contra de la prohibición legal se encuentra en el Sistema de Seguridad Social, pero sólo respecto de los seguros obligatorios, sin perjuicio de que la entidad gestora pueda reclamar al empresario el importe de las prestaciones. Esta solución, automaticidad de las prestaciones con derecho de repetición de la entidad gestora frente al empresario, podría estimarse más adecuada que la española para estos supuestos de nulidad del contrato, inclusive el de los extranjeros en situación irregular, ya que podría así justificarse la inclusión en el Sistema con derecho a cualesquiera prestaciones, incluso por contingencias comunes. No obstante, se requiere una modificación legislativa que amplíe el ámbito subjetivo del Sistema. Nótese que el ordenamiento italiano (art. 2 Decreto Legislativo 286 de 25 de julio de 1998) condiciona el derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los extranjeros a la situación regular; vid. M. PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997, pág. 168; M. CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale*, Segunda Edición, Giuffrè, Milán, 1994, pág. 87.

(prestación familiar, porque la edad impediría acceder a las pensiones no contributivas de invalidez y vejez).

Tres años pronunciamientos del TS⁴⁹⁷ obligaron a los respectivos empresarios a soportar económicamente las consecuencias de sendos accidentes de trabajo sufridos por sus empleados, a la sazón menores de catorce años (edad mínima de acceso al trabajo entonces). Incluso en la más reciente se cuantifica dicha responsabilidad, estimando que el empresario ha de abonar al menor perjudicado «una renta del 55 por 100 de su salario computable», tal y como se derivaría de la prestación correspondiente a la incapacidad permanente total. Sin embargo, esa renta no constituía una prestación de Seguridad Social, sino que expresamente se reconocía su naturaleza indemnizatoria.

En consecuencia, el Sistema de Seguridad Social se inhibe en estos supuestos, porque el responsable de reparar el daño sufrido por quien presta servicios con un contrato nulo es el empresario. En su condición de titular de la organización productiva, el empresario debe hacer frente a los riesgos que se deriven de la actividad —de forma directa y exclusiva⁴⁹⁸—, pero no en virtud de la responsabilidad en orden a las prestaciones prevista actualmente en el art. 126 LGSS —ello supondría la implicación del Sistema—, sino que habrá que acudir a los arts. 1902 y ss. CC.

En el caso de actividades artísticas, el menor puede prestar servicios con anterioridad a los dieciséis años. Para ello necesita, al margen del consentimiento de su representante legal, una autorización administrativa que la autoridad laboral podrá conceder «en casos excepcionales» y «siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana», debiendo constar el permiso «por escrito y para actos determinados» (art. 6.1 ET). La consecuencia de la falta de consentimiento del representante legal parece clara *a priori*: la nulidad del contrato. Sin embargo, la realización de la actividad artística sin autorización administrativa presenta connotaciones particulares, ya que resultan difícilmente extrapolables a este contexto las conclusiones extraídas a propósito del trabajo realizado por un extranjero sin autorización.

Téngase en cuenta que las autorizaciones administrativas por razón de extranjería buscan proteger el interés del Estado, bien por la situación nacional de empleo, bien por cuestiones de seguridad, económicas, etc. Por el contrario, la autorización a un menor para su participación en una actividad artística se supedita al

⁴⁹⁷ Vid. SSTS de 5-6-1962 (Ar. 2447), 21-6-1965 (Ar. 3314) y de 10-1-1967 (Ar. 631).

⁴⁹⁸ Vid. STS de 21-6-1965 (Ar. 3314).

interés del afectado, del propio menor, no del Estado. Deberá concederse esa autorización cuando la actividad no sea perjudicial desde un punto de vista personal y/o formativo para el menor. En consecuencia, la carencia de autorización, si efectivamente la actividad es compatible con sus aptitudes psico-físicas, con la continuación de los estudios y en definitiva con su desarrollo como persona (no entorpeciendo el correcto devenir de sus relaciones familiares, por ejemplo), no impediría el nacimiento de un contrato de trabajo válido⁴⁹⁹, con independencia de las responsabilidades en que pudiera incurrir el empresario al no haber obtenido el pertinente beneplácito de la autoridad laboral⁵⁰⁰. El interés del menor debe primar, en definitiva, frente a cualquier otro interés en juego⁵⁰¹.

En muchas de estas situaciones el contrato de trabajo podría incurrir en un vicio de anulabilidad y no necesariamente de nulidad, aunque los supuestos son múltiples. Por ejemplo, y a grandes rasgos, el contrato del menor de edad –mayor de dieciséis años- no emancipado sin autorización de su representante legal es nulo ante la oposición expresa del representante, por la falta de complemento de capacidad, pero anulable en tanto se manifiesta la declaración de voluntad⁵⁰². Comoquiera que la anulabilidad prescribe, el contrato sería válido por el mero transcurso del tiempo sin oposición por parte del representante⁵⁰³, ya que «la nulidad simple o anulabilidad es apreciable judicialmente sólo a petición de un interesado, y ha de ejercitarse con sujeción a los plazos de prescripción establecidos, produce efectos y la decisión judicial en que se aprecia la nulidad es, en principio, de naturaleza constitutiva, sin perjuicio de que frecuentemente pueda llevar aparejada una condena»⁵⁰⁴. La diferencia es relevante porque en los contratos anulables procede la inclusión en el Sistema de forma plena, y la actividad resulta protegida hasta el momento en que el contrato sea declarado nulo, nulidad sin efectos retroactivos por su carácter *ex nunc*⁵⁰⁵. En contraposición, es nulo, y no permite el acceso al Sistema, el contrato de trabajo celebrado con un menor para la realización de una actividad prohibida por sus condiciones de tiempo o lugar (por su

⁴⁹⁹ Vid. S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 136.

⁵⁰⁰ Vid. STSJ de Madrid de 13-9-2002 (AS 3346).

⁵⁰¹ Vid. STS (Civil) de 17-9-1996 (Ar. 6722).

⁵⁰² Vid. M.D. GARCÍA VALVERDE, *El trabajo de los menores y su protección*, RTSS (CEF), nº 204, 2000, pp. 31-33.

⁵⁰³ Vid. STCT de 25-11-1986 (Ar. 12313).

⁵⁰⁴ Vid. STS (social) de 14-5-2004 (Ar. 4156).

⁵⁰⁵ Vid. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 98 y ss.

carácter peligroso, insalubre, penoso o nocivo, o por desarrollarse exclusivamente —de lo contrario la prestación de servicios sería válida parcialmente- en período nocturno)⁵⁰⁶.

Otro de los supuestos de nulidad del contrato de trabajo con plasmación en la doctrina de los tribunales tiene lugar cuando el empleador carece de la autorización administrativa necesaria para desarrollar una concreta actividad⁵⁰⁷. La conclusión, sin embargo, pudiera matizarse, porque la ilicitud de la actividad empresarial no ha de trascender necesariamente a la prestación de servicios desarrollada por el trabajador. La ajenidad propia del contrato de trabajo podría servir como salvaguardia contra las consecuencias de la inactividad, falta de diligencia o mera desdicha del empresario, de manera que éste podría incurrir en responsabilidad, civil o penal, pero no por ello los contratos que suscriba deberían estar viciados de nulidad. Se estaría en presencia de contrato válido, pues el empresario cuenta con aptitud legal para celebrarlos, pero inejecutable⁵⁰⁸. En el otro extremo, puede entenderse que la falta de autorización administrativa provoca la nulidad del contrato de trabajo porque éste no puede llegar a nacer ante la falta de objeto y, por consiguiente, no sería posible el acceso al Sistema de Seguridad Social. El objeto del contrato de trabajo, si no imposible en sentido fáctico, cabría calificarlo de ilícito (art. 1271 CC), porque la actividad de la empresa, a la que contribuirían los trabajadores, no está admitida por el ordenamiento jurídico sin la previa autorización en orden a la supervisión o control.

En materia de Seguridad Social, las consecuencias varían en función del momento en el que se celebre el contrato de trabajo. En el supuesto de que la autorización para el desarrollo de la actividad se pierda una vez vigente el contrato de trabajo, por expiración o revocación, el trabajador permanecerá comprendido en el Sistema hasta ese momento. Su situación posterior depende del devenir de su contrato. La pérdida de la autorización podría ser imputable al empresario, pero también podría deberse en ocasiones a acontecimientos próximos a la fuerza mayor, aunque fuera impropia, en virtud del *factum principis*⁵⁰⁹; en ambos casos parece de aplicación, aunque con particularidades según el supuesto, el art. 30 ET⁵¹⁰. Las consecuencias que el precepto prevé ante la imposibilidad de continuar la prestación de servicios por

⁵⁰⁶ Vid. B. GARCÍA ROMERO, *La protección jurídico-laboral de los menores*, AS, nº 10, 2001, pág. 81.

⁵⁰⁷ Vid. SSTSJ de de Andalucía/Sevilla de 21-7-1993 (AS 3524), de Andalucía/Málaga de 14-12-2002 (JUR 109548) y de Murcia de 1-4-2003 (AS 2537).

⁵⁰⁸ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, pp. 65-74.

⁵⁰⁹ Vid. STS de 22-12-1993 (Ar. 9981).

causas no imputables al trabajador son, a los efectos que aquí interesan, la conservación del derecho al salario, por lo que el trabajador continuaría comprendido en el Sistema⁵¹¹. Es una solución coherente con la que se deriva de la anulación de un concurso administrativo para la cobertura de puestos laborales, pues en tal situación los contratos de trabajo que de él resulten no son nulos, sino que pueden extinguirse con base en el acto de la autoridad pública que anuló el concurso⁵¹², alegando fuerza mayor o causas objetivas⁵¹³.

La situación difiere cuando el contrato de trabajo se celebra sin que el empresario posea la correspondiente autorización. El art. 30 ET se declara aplicable únicamente a los supuestos de interrupción de la prestación una vez vigente el contrato. En sí mismas, las funciones o tareas desarrolladas por el trabajador podrían ser lícitas, incluso alejadas de la “propia actividad” -si tal concepto es pertinente en este campo- de la empresa no autorizada⁵¹⁴. Todos los trabajadores coadyuvan a la realización de una actividad que en esas condiciones, falta de autorización, está prohibida por el ordenamiento, pero el principio *pro operario*, en relación con la buena fe -rescatando la trascendencia que el art. 55 LCT concedía a la actuación maliciosa del trabajador, aunque en un plano diferente-⁵¹⁵, impiden ofrecer una solución unívoca.

Podría estimarse que los contratos de trabajo no llegarían a nacer por falta de objeto, u objeto ilícito, ilicitud por irradiación si se quiere. Pero como ya advirtió el TCT⁵¹⁶, el objeto y la causa de los contratos de trabajo no pueden confundirse con la finalidad industrial de la empresa, pues aun resultando ésta ilícita, los contratos de trabajo suscritos podrían reputarse válidos cuando el trabajador desconozca la ilicitud de la actividad, o cuando los servicios prestados no tengan carácter ilícito o inmoral por consistir en tareas genéricas (administración y limpieza en los casos enjuiciados) con las

⁵¹⁰ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 562-563.

⁵¹¹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, *La imposibilidad de trabajar y el art. 30 ET*, AS, nº 9, 2001, pp. 10 y ss.

⁵¹² Vid. J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?*, AS, Tomo V, 2000, pp. 606 y ss.; J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección*, AL, nº 3 y 4, 2002, pp. 49 y ss.

⁵¹³ Vid. SSTs de 10-3 y 5-10-1999 (Ar. 2124 y Ar. 7761), 5-7-2000 (Ar. 6897).

⁵¹⁴ Sería propia actividad la del crupier en salas de juego, frente al personal encargado de limpieza, por ejemplo.

⁵¹⁵ Vid. A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 67.

⁵¹⁶ Vid. SSTCT de 11-7-1973 (Ar. 3253) y de 7-10-1981 (Ar. 5704).

que el trabajador no coadyuva de forma decisiva en la consecución del fin ilícito, del que ni siquiera es consciente⁵¹⁷.

Por último, conviene efectuar una somera referencia a la posible interrelación entre determinadas medidas de naturaleza penal y la celebración de un contrato de trabajo incumpliendo la correspondiente decisión judicial. En este sentido, el art. 105.1 CP, en sus apartados b) y c), permite al Juez o Tribunal acordar como medidas de seguridad no privativas de libertad la obligación de residir en un lugar determinado o bien la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe⁵¹⁸. Por su parte, el apartado d) del mismo precepto permite imponer la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

Se entremezclan en estas situaciones propósitos preventivos, punitivos y tuitivos que incluso podrían tener incidencia sobre la validez del contrato de trabajo cuando la actividad se desarrollase en un lugar en el que el sujeto no está autorizado para estar o residir. La finalidad resocializadora debe propiciar una flexibilización de las consecuencias de un eventual incumplimiento⁵¹⁹, que ha de limitar su trascendencia al ámbito penal. Las medidas penales se mueven en un plano muy diferente a las laborales, sin interdependencia e interconexión habitualmente; las restricciones a la libertad de movimiento, por el propósito que persiguen, no pueden suponer la nulidad de un contrato de trabajo y la exclusión del Sistema de Seguridad Social; de lo contrario, se atribuiría un alcance desmesurado a medidas que ni siquiera indirectamente se dirigen a establecer prohibiciones de contratar, y cuyo incumplimiento tiene expresamente previstas las correspondientes consecuencias en el orden penal.

10- Una exclusión entre la moral y la ley: la prostitución

Dejando al margen los supuestos reflejados en el epígrafe anterior, la prostitución ejercida por cuenta ajena se ha convertido en uno de los supuestos más característicos de nulidad del contrato de trabajo, por su relevante presencia en sede

⁵¹⁷ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las «relaciones laborales de hecho»*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 14, 1962, pp. 469-470; M. ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 224-225.

⁵¹⁸ El art. 7.1.h).5 LO 5/2000 permite al Juez de Menores imponer la obligación de residir en un lugar determinado como regla de conducta en caso de libertad vigilada.

⁵¹⁹ Vid. Auto (Penal) AP de Huelva de 18-10-2000 (JUR 76196/2001).

jurisdiccional. En principio, si los servicios se prestan sin mediar intimidación o violencia, es decir, con consentimiento de quien ejerce la actividad, parecen concurrir todas las notas del trabajo asalariado. Sin embargo, el contrato de trabajo no llega a nacer porque tanto el objeto como la causa están ausentes. La prostitución no es una actividad prohibida en el ordenamiento español, pero esos servicios en ningún caso pueden dar lugar a un contrato de trabajo⁵²⁰. El objeto del contrato, no se olvide, ha de ser lícito (art. 1271 CC), posible (art. 1272 CC) y determinado o determinable (art. 1273 CC), y la causa no puede ser ilícita, entendiendo por tal la que se opone a las leyes o a la moral (art. 1275 CC)⁵²¹.

Las valoraciones éticas han traerse a colación en este contexto –y más tras la despenalización del proxenetismo por el CP de 1995, posteriormente corregida⁵²²–, porque parece evidente que todavía en el momento actual la prostitución contraría la moral o las buenas costumbres en el sentido de los arts. 1271 y 1275 CC⁵²³, constituyendo una actividad ilícita, que no ilegal⁵²⁴. Es cierto que los conceptos de «moral» o «buenas costumbres» están en constante evolución⁵²⁵, y que la moral pública y la moral privada respetan fronteras sustancialmente diferentes⁵²⁶, pero en España la prostitución no es una actividad que sea contemplada con normalidad socialmente, y por ello en algunos ámbitos, en los que debe ofrecerse una imagen de moralidad hacia el exterior, como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, resulta sancionable dedicarse a la prostitución –o actividades análogas–, e incluso la relación de amistad y

⁵²⁰ Vid. STSJ de Baleares de 9-1-1992 (AS 201).

⁵²¹ Vid. F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 164 y ss.

⁵²² El CP de 1995 despenalizó el proxenetismo cuando la prostitución la ejercía un mayor de edad sin que mediase violencia, intimidación o engaño; la STS (Penal) de 5-2-1998 (Ar. 424) estimó que tras la entrada en vigor del CP no era punible «la mera explotación de un local donde se ejerza la prostitución». Sin embargo, la situación varió tras la LO 11/2003, pues desde entonces el art. 188.1 CP castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses a quien «se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma».

⁵²³ Vid. J. TORRENTS MARGALEF, «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 450.

⁵²⁴ Vid. D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"*, RGDTSS (iustel), nº 6, www.iustel.com.

⁵²⁵ Vid. J.J. DE VAL ARNAL, «Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España», en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1093-1094.

⁵²⁶ Vid. STS (Cont-Adv.) de 25-9-1985 (Ar. 5129).

ayuda a quienes la ejercen, aunque no se haya incurrido en conducta punible penal o administrativamente⁵²⁷.

El propio TS ha considerado que desarrollar la actividad de alterne –lícita como se dirá-, directamente o como empresario, supone un comportamiento «netamente indigno», «al participar en la explotación de un negocio, que si bien no puede ser calificado de ilegal, es claramente contrario a la moral social media»⁵²⁸; en fin, las dudas morales que plantea la actividad tienen su reflejo en la repercusión social de ciertas noticias de prensa, algunas con clara vinculación con el Sistema de Seguridad Social, como la inclusión en el concepto de colocación adecuada a efectos de protección por desempleo, para una informática y en Alemania, de un puesto de trabajo que requería servicios sexuales⁵²⁹.

El recelo con que se contemplan estas situaciones se debe a la presunción de extrema necesidad, debilidad y dependencia de quienes se ven abocados a esa actividad⁵³⁰, y el ordenamiento español presume una explotación prohibida si un tercero se beneficia⁵³¹. Por ello, precisamente, el proxenetismo está tipificado como delito. La admisión de la válida celebración de un contrato de trabajo entre quien ejerce la prostitución y quien se lucra con ella legitimaría al proxeneta, que se convertiría en empresario a efectos laborales, con una serie de derechos y deberes impropios de quien comete un delito. En consecuencia, la relación que une al proxeneta con quien mantiene relaciones sexuales a cambio de contraprestación económica no da lugar a un contrato de trabajo.

En ciertos casos, quienes ejercen la prostitución suscriben un contrato de trabajo como camarero, limpiador, recepcionista u otra profesión propia de la hostelería, situación en la que habría que identificar las tareas con carácter previo a la calificación de la actividad. Prescindiendo de la simulación, existirá un auténtico contrato de trabajo cuando se presten servicios ajenos a los de la prostitución o cuando quien ejerce la

⁵²⁷ Vid. SSTS (Militar) de 22-9-2003 (Ar. 6398), 15-7-2002 (Ar. 8254), de 12-7, 29-11 y 10-12-1999 (Ar. 6923/1999, Ar. 461/2000 y Ar. 10102/1999).

⁵²⁸ Vid. STS (Militar) de 11-5-2004 (Ar. 5382).

⁵²⁹ Vid. http://www.lavozdegalicia.es/buscavoz/ver_resultado.jsp?TEXTO=3426817&lnk=BURDEL.

⁵³⁰ Vid. M.J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, 1993, pp. 38-42.

⁵³¹ Vid. L. GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, EDERSA, Madrid, 1992, pp. 164 y ss.

prostitución desarrolle otra actividad diferenciable⁵³², con la consecuente incorporación al Sistema de Seguridad Social⁵³³.

La prostitución, como tal, no es una actividad protegida por el Sistema, pero los tribunales han eludido ese inconveniente a partir de la diferencia entre alterne y prostitución. El alterne se desarrolla en la zona del bar y consiste en animar a los clientes a permanecer en el establecimiento y a consumir a cambio de una comisión en las ventas. Tras iniciales reticencias⁵³⁴, los tribunales estimaron que esa función de animación y estimulación al consumo de bebidas era equiparable a las relaciones públicas⁵³⁵; por ello, los elementos innegables de índole sexual⁵³⁶ no provocaban la nulidad del contrato de trabajo –cuya existencia requiere una flexibilización de la nota de dependencia⁵³⁷ por los especiales contornos de esta relación⁵³⁸– al no producirse un verdadero encuentro carnal⁵³⁹.

En la práctica, la distinción entre alterne y prostitución resulta compleja, y hasta cierto punto artificial, pues ambas son habitualmente dos facetas de una misma

⁵³² Vid. STCT de 18-12-1981 (Ar. 7594).

⁵³³ También es nulo el contrato de trabajo que tiene por objeto la «recepción de los clientes, cobro de los servicios prestados por las personas que ejercían la prostitución en el local, atención a las llamadas telefónicas fijando fecha para las citas, limpieza de las habitaciones, etc.». El trabajador obtiene lucro de esa actividad, lucro indirecto si se quiere, pero beneficio al fin y al cabo; el hecho de que esa compensación provenga de la explotación de la prostitución es decisivo, y provoca la nulidad del contrato de trabajo ante la ilicitud del objeto y de la causa. El dato determinante, a la postre, estriba en el conocimiento que el trabajador posee acerca de actividad en la que colabora; la ausencia de buena fe impide que prospere una interpretación *pro operario*; vid. STSJ de Cataluña de 2-1-1997 (AS 340).

⁵³⁴ A modo de ejemplo, vid. SSTCT de 13 y 15-12-1979 (Ar. 7061 y Ar. 7115), que entendieron que el alterne no da lugar a relación laboral. La STCT de 7-2-1989 (Ar. 1345) se mantiene en la misma línea, aunque admite la existencia de contrato de trabajo si además del alterne se realizan funciones de camarero, pues ante el doble vínculo prevalece el laboral; también, vid. STCT de 16-6-1986 (Ar. 4452).

⁵³⁵ Vid. F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 195 y ss.; L. GIL SUÁREZ, “Validez e invalidez del contrato de trabajo”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000, pp. 362-363.

⁵³⁶ En el supuesto de la STS de 25-2-1984 (Ar. 923) se prestaban los servicios de alterne «en un bar o club de top-less, atendiendo a los clientes, con horario fijo, mediante la percepción de 3.000 ptas. diarias más 150 ptas. por cada copa que tomara con aquéllos, cantidades que sólo cobraba los días que asistía al establecimiento». La STS de 14-5-1985 (Ar. 2712) concreta las funciones de quien ejerce el alterne, y considera que hay contrato de trabajo cuando se prestan servicios «consistentes en la permanencia en el local desde las dieciocho horas de un día, hasta la una o las dos del siguiente, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas». En el mismo sentido se manifiesta la STS de 3-3-1981 (Ar. 1301); la labor de la alternadora consistía «animar el baile, percibiendo también comisión por botella de champagne abierta en compañía de concurrentes y otra inferior en consumiciones ordinarias». Finalmente, la STS de 21-10-1987 (Ar. 7172) se pronuncia sobre una camarera de top-less «que realizaba su trabajo fuera de la barra, percibiendo comisiones sobre las consumiciones en que intervenía, obteniendo unas 5.000 pesetas diarias».

⁵³⁷ Vid. SSTSJ de Andalucía/Málaga de 5-10-2001 (JUR 91007) y de 14-7-2000 (AS 5724), del País Vasco de 13-11-2001 (AS 1237) y 7-4-1998 (AS 2024) y de Navarra de 15-10-2003 (AS 4009).

⁵³⁸ Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*, AS, nº 16, 2000, pp. 18-21.

⁵³⁹ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 21-7-1995 (Ar. 5948) y de 28-5-1996 (Ar. 4651) y STSJ de Baleares de 28-5-1998 (AS 2122).

actividad⁵⁴⁰, a salvo, claro está, que la relación de alterne se circunscriba a su más puro significado jurídico⁵⁴¹ y gramatical⁵⁴². La separación formal no se adecua a la realidad en muchos casos, por lo que no resulta extraño que los tribunales califiquen como alterne, y por tanto como relación laboral con el correspondiente ingreso en el Sistema de Seguridad Social, situaciones de evidente ejercicio de la prostitución⁵⁴³, donde el contacto sexual está implícito y únicamente depende del deseo del cliente.

Al margen de esa vía indirecta, la prostitución quizás podría acceder al Sistema como trabajo por cuenta propia, ya que es una actividad económica –expresión de carácter «omnicomprensivo»⁵⁴⁴– que puede ser realizada de forma habitual y a título lucrativo. El Sistema de Seguridad Social no ha establecido ningún obstáculo específico para el acceso de quienes se dedican a esas actividades; sin embargo, su exclusión hasta el momento⁴ es indudable, sin que se hayan dedicado demasiados esfuerzos a encontrar un fundamento jurídico sólido, que se entienda de ordinario evidente, aunque probablemente el sustento es más endeble de lo que cabría suponer.

El desempeño de esa actividad por cuenta propia no constituye ilícito penal en España, al contrario que la explotación de la prostitución por cuenta ajena. La calificación como delito del proxenetismo constituye probablemente el mayor obstáculo jurídico para el nacimiento de un contrato de trabajo; pero no se presenta esa dificultad en el ejercicio de la prostitución por cuenta propia. La relación que se concierta en estos casos debería estar amparada en un arrendamiento de servicios para que se justificase la inclusión en el Sistema; pero el hipotético contrato no llega a nacer, al menos en la concepción tradicional, por objeto ilícito, puesto que el comercio carnal constituye una *res extra commercium*, y a tenor del art. 1271 CC no pueden ser objeto de contrato las cosas que «están fuera del comercio de los hombres»⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Vid. R. FERNÁNDEZ VILLARINO, *El alterne y la prostitución: la legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral*, TL, nº 74, 2004, pp. 244 y ss.

⁵⁴¹ Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El Tribunal Supremo zanja el caso «Mesalina»*, AS, nº 21, 2005, pp. 15 y ss.; P. BENLLOCH SANZ, *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de «alterne»*, AS, nº 17, 2004, pág. 66.

⁵⁴² Alternar, según el diccionario RAE, consiste, en ciertas salas de fiestas, bares y lugares semejantes, en «tratar con los clientes, para estimularles a hacer gasto en su compañía, del cual obtienen generalmente porcentaje».

⁵⁴³ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 4-12-2003 (AS 3638).

⁵⁴⁴ Cfr. J. MONTALVO CORREA, «Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones», en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972, pág. 247.

⁵⁴⁵ Vid. F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 213 y ss.

Conviene efectuar tales aproximaciones con cautela, por cuanto todos los contratos requieren, en uno u otro sentido, un despliegue físico en su ejecución. Las connotaciones sexuales impregnan determinadas actividades, y ello genera inevitables consideraciones morales⁵⁴⁶. Las fronteras entre lo permitido, lo tolerado y lo prohibido se encuentran todavía en formación o, más bien, están en constante movimiento, en función del sistema de valores que se utilice como patrón de medida. La relación de alterne resulta un ejemplo palmario, pues ha sido reconocida como lícito objeto de un contrato de trabajo y sin dificultad podría configurarse como arrendamiento de servicios en supuestos en los que esté ausente la dependencia⁵⁴⁷. De este modo, el alterne ejercido por cuenta propia es una actividad comprendida en el Sistema si se realiza de forma habitual.

La prostitución no goza de idéntica consideración, posiblemente porque el objeto del contrato no es la provocación o incitación, sino la utilización del cuerpo humano con un propósito netamente sexual. Si bien se mira, actividades de mayor reconocimiento social, como las relacionadas con el mundo de la moda, el cine o la televisión presentan similares implicaciones, pues se sirven del atractivo sexual de diversos personajes con el propósito de captar espectadores o clientes, situación aceptada con carácter general sin que se haya dudado de la validez del contrato –laboral o civil⁵⁴⁸– que ha suscrito el correspondiente modelo o actor con la revista o productora correspondiente. La línea divisoria, quizá, pudiera estar marcada por la ausencia de un encuentro sexual explícito, o, cuando éste efectivamente parece producirse, por la falta de intensidad y/o veracidad del mismo.

Sin embargo, ese criterio decae en un supuesto aparentemente próximo como es el trabajo en actividades pornográficas, ya que difícilmente cabe cuestionar la validez del contrato suscrito por quienes voluntariamente y con ánimo de lucro se dedican a la pornografía. Al margen de actividades delictivas cometidas por quienes fuerzan a otros a estas prácticas o por quienes se sirven de menores o incapaces para esos fines⁵⁴⁹, el

⁵⁴⁶ «Ningún otro problema ha dado hasta ahora tanto que hacer a los moralistas como el de la sexualidad»; cfr. J.E. SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Prostitución y Código Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983, pág. 21.

⁵⁴⁷ Vid. STS (Cont-Adv.) de 24-2-1997 (Ar. 1535) y SSTCT de 9-4-1981 (Ar. 2603), 20 y 28-6-1984 (Ar. 5494 y Ar. 5764), 10 y 19-6 y 16-7-1985 (Ar. 3832, Ar. 4082 y Ar. 4975), 11-6-1986 (Ar. 4291) y 24-6-1987 (Ar. 14029).

⁵⁴⁸ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL y J.R. MERCADER UGUINA, *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 9 y ss.

⁵⁴⁹ Art. 189 CP; vid. A. VELÁZQUEZ BARÓN, *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 29 y ss.

ordenamiento jurídico permite que una persona física o jurídica se dedique a la producción, difusión y/o venta de material audiovisual con contenidos sexuales explícitos, siempre, claro está, que cuente con el consentimiento de quienes aparecen en ese material, consentimiento que en este caso se manifiesta en la suscripción del oportuno contrato, cuyo objeto, en esencia, es el mismo: el comercio carnal a cambio de una retribución. Desde la perspectiva de la Seguridad Social, el Sistema comprende, en uno u otro régimen, tanto a quienes ejecutan directamente tal actividad, como a quienes la organizan, dirigen o en ella colaboran mediante sus conocimientos técnicos.

A la postre, las fronteras vienen marcadas por los usos sociales. Difícilmente puede ofrecerse un concepto de moral objetivado, pues por definición la moral es subjetiva. La moral social, como tal concepto, es etéreo e insuficiente, porque la sociedad en sí misma carece de moral. Es el individuo quien cuenta con una serie de valores, y la suma de los valores de los distintos individuos, cuando esos valores se observan generalizados, dan lugar a esa “moral social”, que no es más que la moral de la mayoría, con las dificultades que su apreciación conlleva para quien, al interpretar una conducta y su encaje en el ordenamiento jurídico, debe analizar el contenido ético de ésta. La delimitación de la “moral social” resulta harto compleja, y más si se toma como parámetro la programación de distintos medios de comunicación, en especial la televisión, que en la búsqueda de mayores cuotas de audiencia ha apostado por contenidos tradicionalmente vedados por consideraciones éticas, y en cualquier franja horaria, lo que llevado a la intervención del Ejecutivo para conseguir una mera declaración de buenas intenciones⁵⁵⁰.

La diferencia entre la pornografía, como actividad económica reconocida por el Sistema de Seguridad Social, y la prostitución, como actividad económica tolerada por el ordenamiento penal pero no susceptible de protección laboral y de Seguridad Social, se debe a la mayor cercanía de la primera con el mundo artístico. Aunque su objeto mediato pueda ser la propia conducta sexual, el consumidor adquiere un bien material, en soporte audiovisual o en papel, y no directamente favores de tipo sexual. La diferencia es decisiva, pues en la pornografía no se comercia propiamente con el cuerpo humano, sino con el resultado obtenido de una actividad de índole, en mayor o menor medida, creativa. Los planos son sustancialmente diferentes: en la pornografía los

⁵⁵⁰ El propósito final consiste en reservar una franja horaria dedicada a la programación infantil, o al menos con contenidos alejados de la violencia y el sexo, intentando relegar a la denominada “telebasura”; vid. <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/10/26/comunicacion/1098775119.html>.

sujetos que mantienen el encuentro sexual no celebran el contrato entre ellos, sino con otra persona –productor, agencia, etc.–, que a su vez pondrá a disposición del público el producto obtenido; por el contrario, en la prostitución por cuenta propia el contrato de arrendamiento de servicios tendría lugar entre quienes han de mantener el contacto carnal, porque su finalidad no consiste en elaborar un producto audiovisual que comercializar posteriormente, sino en la relación física en sí.

En cualquier caso, y aunque ése sea su objeto, la prostitución no pierde su carácter de actividad económica, a título lucrativo, de forma personal y directa, y que en la mayor parte de ocasiones se desarrolla de forma habitual, cumpliendo así los requisitos que impone el art. 2 del Decreto 2530/1970 para poder acceder al RETA; y del art. 7 LGSS no se deriva su exclusión del Sistema. Sin embargo, el ingreso en el Sistema no tiene lugar porque esa actividad es contraria a las «buenas costumbres» en los términos del art. 1271 CC. Las consideraciones morales, que constituyen la razón última de la nulidad del contrato de trabajo se penalice o no el proxenetismo, impiden asimismo el válido nacimiento del contrato de arrendamiento de servicios por ilicitud de objeto y causa, y con ello la incorporación al Sistema de Seguridad Social.

Esa conclusión, muy tradicional y no demasiado discutida, se ha visto enturbiada por una reciente sentencia de la Audiencia Nacional⁵⁵¹, confirmada posteriormente, aunque con muchas más cautelas dialécticas, por el TS⁵⁵². La Audiencia Nacional –en el marco de la inscripción de una asociación que representaba los intereses de empresarios dedicados al alterne– afirma que los prejuicios o reparos hacia la prostitución por cuenta propia tienen escaso fundamento jurídico, ya que las actividades están prohibidas o permitidas, sin cabida para un *tertium genus* como el concepto de «actividad tolerada»; de este modo, y como actividad permitida, la prostitución puede dar lugar a un válido contrato de arrendamiento de servicios, de lo que se podría derivar el acceso al Sistema de Seguridad Social⁵⁵³.

Obviamente, y como ya señaló la jurisprudencia, la prostitución por cuenta propia no en sí misma una actividad ilegal, y constituye un medio lícito de vida incluso en materia de extranjería a efectos de evitar la expulsión del territorio nacional⁵⁵⁴. Pero ello no significa, al menos de manera automática, que dicha actividad esté equiparada

⁵⁵¹ Vid. SAN de 23-12-2003 (AS 3692).

⁵⁵² Vid. STS de 27-11-2004 (Ar. 8063).

⁵⁵³ Así fue interpretada la sentencia por las asociaciones de empresarios de locales de alterne; vid. http://www.huelgageneral.info/ryn_prueba/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=4314.

con aquéllas que el ordenamiento jurídico ha protegido tradicionalmente⁵⁵⁵; conviene recordar que la prostitución no se encuentra recogida en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas⁵⁵⁶, y por ello no está sujeta al Impuesto de Actividades Económicas, indicativo de que el ordenamiento meramente la tolera. La prostitución se puede considerar como una exclusión implícita, o mejor indirecta, del Sistema de Seguridad Social, que no se podrá superar con una mera distinción semántica⁵⁵⁷. Es posible, no obstante, que la prostitución acabe siendo considerada como actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social; el debate se ha abierto, y la pretensión de regularizar una actividad de una dimensión económica desconocida en sus límites, pero indudablemente muy importante, puede acabar imponiéndose a las convicciones morales que, por otra parte, son hoy bastante más flexibles que décadas atrás.

No en vano, muchos Estados han permitido, o se están planteando hacerlo, el acceso al Sistema de este colectivo⁵⁵⁸, e incluso el TJCE ha defendido que dentro del concepto de «actividad económica por cuenta propia» o «actividad no asalariada» que utilizan las normas comunitarias debe ubicarse la prostitución⁵⁵⁹. Pero también hay voces discrepantes, incluso entre las propias instituciones de la UE⁵⁶⁰, que prevén

⁵⁵⁴ Vid. SSTs (Cont-Adv.) de 28-5-1996 (Ar. 4651) y de 24-2-1997 (Ar. 1543)

⁵⁵⁵ Esa equiparación es defendida en otros ordenamientos, como el francés. El sistema de Seguridad Social de ese Estado no excluye expresamente a quienes ejercen la prostitución, y los tribunales han considerado relevante esa actividad a efectos fiscales y de ciertos beneficios sociales, lo que ha permitido a un sector doctrinal defender la inclusión en el Sistema como trabajadores autónomos de quienes se dedican a ella; vid. G. FRANÇOIS-DAINVILLE, *La prostitution et le droit de la Sécurité Sociale: la question de l'affiliation*, Droit Social, nº 9-10, 2005, pp. 888 y ss.

⁵⁵⁶ Vid. <http://www.ine.es/clasifi/cnae.pdf>.

⁵⁵⁷ Vid. L.E. DE LA VILLA GIL, *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las «relaciones laborales de hecho»*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 14, 1962, pp. 473-474.

⁵⁵⁸ Al margen de los casos de Holanda o Alemania, la cuestión se ha planteado en otros muchos países, como por ejemplo Australia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Ecuador, la República Checa o Singapur; vid. F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 31 y ss.; J.J. DE VAL ARNAL, "Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España", en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1093-1094. Específicamente sobre la situación en la República Checa, vid. <http://www.radio.cz/es/articulo/53292>; problemas similares se plantean en Bélgica; vid. http://www.consumer.es/web/es/noticias/instituciones_y_legislacion/2003/07/12/63255.php, e incluso en Singapur, http://www.estilísimo.com/relaciones/reportaje_relaciones.html?id_reportaje=1043. En Turquía quienes ejercen la prostitución están incluidos en el seguro social; vid. D. PIETERS, *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 249.

⁵⁵⁹ Vid. STJCE Jany (de 20-11-2001, asunto C-268/99), en relación con nacionales de Polonia y la República Checa que pretendían conseguir una autorización por cuenta propia para trabajar como prostitutas en Holanda.

⁵⁶⁰ Vid. Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre las Repercusiones de la Industria del Sexo en la Unión Europea de 9 de enero de 2004 [2003/2107 (INI)] elaborado por la Comisión de Derechos de la

consecuencias muy negativas de la eventual equiparación de la prostitución a cualquier otra profesión⁵⁶¹; y voces con evidente repercusión, porque incluso han dado lugar a la aprobación de leyes penales que condenaban a los clientes⁵⁶². En España, hasta el momento, algunas CCAA han mostrado su voluntad de regular esta realidad, si bien desde el plano laboral y de Seguridad Social es menester una intervención estatal por evidentes cuestiones de competencia⁵⁶³; y hasta el momento, ni la prostitución es una actividad protegida, ni quienes la ejercen pueden acceder al Sistema de Seguridad Social.

Mujer e Igualdad de Oportunidades; este documento, y otros de interés, pueden consultarse en <http://www.aboliciondelaprostitucion.org/>.

⁵⁶¹ En esta línea se muestra la Coalición contra el Tráfico de Mujeres (COALITION AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN), vid. J.G. RAYMOND, "10 reasons for not legalizing prostitution", http://action.web.ca/home/catw/readingroom.shtml?x=32972&AA_EX_Session=c4ce089d5d03156bcd3d515628656996, o la propia Iglesia Católica; vid. <http://es.catholic.net/bioetica/341/1389/>.

⁵⁶² Como en el caso de Suecia, vid. <http://www.cimacnoticias.com/noticias/03ago/03081911.html>.

⁵⁶³ Vid. <http://www.webmujeractual.com/noticias/regulacion.htm>.

CONCLUSIONES

1- Hace prácticamente un siglo que nacieron en España las primeras medidas de previsión social, y más de cuatro décadas han pasado desde la instauración del Sistema de Seguridad Social. La experiencia y el grado de desarrollo económico del Estado español han dado lugar a un Sistema de Seguridad Social que constituye una realidad firmemente asentada y que se encuentra en un estadio avanzado de su evolución. Es un Sistema maduro, en fase de perfeccionamiento, y que, por su consolidación, permite responder con notable rapidez y flexibilidad a los riesgos sociales que el nuevo contexto socioeconómico genera. En consonancia, su ámbito subjetivo no sólo se aproxima a los límites teóricos de un modelo contributivo, sino que, ya sea por su evolución natural, ya sea por imperativo constitucional (art. 41 CE), los supera, al amparar a sujetos que no desarrollan una actividad profesional. El Sistema se construyó sobre los postulados del modelo bismarckiano, pero sus límites intrínsecos constreñían las ansias expansivas de un Sistema de Seguridad Social que ha introducido ciertas dosis de asistencialidad y que se servirá de ellas para expandirse en el futuro hasta alcanzar el ideal de cobertura: la universalidad subjetiva.

Hay, pues, concurrencia de elementos contributivos y asistenciales, lo que desemboca en un ámbito subjetivo que pivota no sólo sobre el dato de la profesionalidad, sino también sobre el estado de necesidad. A ellos se unen la territorialidad y la nacionalidad como elementos condicionantes. La relevancia de esos cuatro criterios no es inmutable, sino que varía en función de las circunstancias, como históricamente se demuestra con nitidez. En los comienzos de la previsión social todos esos criterios contaban con una relevancia similar en la conformación del ámbito subjetivo del Sistema, pero la evolución ulterior ha provocado una evidente asimetría. En el momento actual, la profesionalidad y la territorialidad se han convertido en las vigas maestras del Sistema, porque son los dos criterios más determinantes para la incorporación a su campo de aplicación: el desarrollo de una actividad profesional en territorio español constituye la vía ordinaria de ingreso en el Sistema. Pero la nacionalidad y el estado de necesidad matizan esa primera aproximación, bien en sentido restrictivo (exclusión de los extranjeros en situación irregular), bien como fórmula cualitativa de expansión (protección de los inactivos sin recursos).

2- A pesar de las innegables dosis de asistencialidad que han introducido las prestaciones de carácter no contributivo, la modalidad contributiva continúa siendo el

núcleo del Sistema de Seguridad Social, y así se explica que el desarrollo de una actividad profesional sea la principal exigencia y requisito para formar parte de su ámbito subjetivo de aplicación. La profesionalidad no consiste meramente en realizar un trabajo a cambio de una contraprestación económica, ya que a efectos de Seguridad Social únicamente es profesional la actividad que el Sistema califique como tal. El art. 7 LGSS recoge el listado principal, aunque no es exhaustivo, o cuanto menos es susceptible de ser completado.

Del art. 7.1 LGSS se deduce sin dificultad que el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y la asimilación se erigen como las tres plasmaciones fundamentales de la profesionalidad. El trabajador asalariado se encuentra comprendido en el Sistema por tal condición, aunque la intensidad de la acción protectora dependerá del régimen de encuadramiento. La relación laboral, sea común o especial, justifica e impone la incorporación al Sistema, decidida ya la plena inclusión de todos los deportistas profesionales. No se produce en la actualidad una exclusión del trabajo a tiempo parcial, ni siquiera el marginal, salvo en dos supuestos concretos. En primer lugar, quedan excluidos del Sistema los empleados de hogar con una dedicación mensual inferior a setenta y dos horas distribuidas en menos de doce jornadas; la validez de esa exclusión, no obstante, debe ponerse en duda por estar contenida en una Resolución administrativa (de 9 de septiembre de 1971) no publicada en el BOE. En segundo, el art. 7.6 LGSS faculta al Gobierno para excluir a quienes realicen actividades marginales y no constitutivas de medio fundamental de vida, pero exige la previa petición de los interesados. El mecanismo sólo ha sido utilizado una vez, para los trabajadores que presten servicios en el Hipódromo de la Zarzuela los fines de semana, y no ha supuesto su completa exclusión del Sistema; permanecen en el mismo, pero con una acción protectora limitada a las contingencias de origen profesional.

3- El trabajo por cuenta propia tampoco es una actividad protegida en todo caso, y las exclusiones son más significativas y cuantitativamente más relevantes que las previstas para el trabajo asalariado. El Sistema de Seguridad Social no califica automáticamente como trabajador propia a quien desarrolle un trabajo lucrativo sin dependencia y/o ajenidad; ésa es la premisa inicial, pero el ordenamiento de Seguridad Social establece unos requisitos específicos para la actividad y otros para el propio trabajador en orden a ingresar en uno de los regímenes que acogen a trabajadores autónomos. Respecto de la actividad, ha de consistir en un trabajo potencialmente lucrativo; por su incertidumbre intrínseca, el trabajo autónomo no garantiza beneficios,

y a corto plazo es frecuente que el comienzo de una actividad por cuenta propia incluso genere pérdidas. Pero la asunción del riesgo no es obstáculo para la concurrencia del ánimo de lucro, que resulta una exigencia lógica para la calificación de una actividad como profesional.

Junto al ánimo de lucro, el segundo de los requisitos del trabajo autónomo protegido por el Sistema, el más polémico sin duda, es la habitualidad en el desarrollo de la actividad. Mientras que el trabajo asalariado de cualquier dedicación está amparado por el Sistema, con las precisiones anteriores, el trabajo autónomo no habitual permanece al margen de la Seguridad Social, con toda probabilidad por la complejidad de control y las posibilidades de fraude que ofrece. El recurso a la habitualidad no está exento de problemas, ya que no se ha determinado legalmente el alcance de ese concepto y la práctica ha deparado situaciones heterogéneas. Aunque la habitualidad parece requerir un cómputo temporal, los tribunales han optado por consagrar una ficción de habitualidad cuando el trabajador obtiene ingresos superiores al SMI; la jurisprudencia parecía limitar esa solución a los subagentes de seguros, por la dificultad de verificar su dedicación temporal a esa labor, pero los tribunales menores han aplicado el mismo criterio a otros muchos colectivos, conste o no el desempeño cotidiano o regular de la actividad.

El recurso a una institución propia del trabajo asalariado (SMI) y la desfiguración de la habitualidad distorsionan el trabajo por cuenta propia protegido por el Sistema, pero constituyen un remedio prácticamente obligado por las dificultades que plantea la comprobación de la dedicación de ciertos colectivos, si bien no es conveniente, ni jurídicamente aceptable, su generalización. Con el propósito de evitar situaciones fraudulentas se ha incorporado un requisito que provoca otras controversias, y que en verdad supone, o puede suponer, la exclusión del Sistema de sujetos que realizan una verdadera actividad profesional. Sería conveniente, así pues, que todo trabajador autónomo, con independencia de su dedicación, pudiera acceder al Sistema de Seguridad Social; el efectivo desempeño de la actividad es una cuestión probatoria, y las posibilidades de fraude no deben servir como excusa para reducir el ámbito subjetivo del Sistema, porque el mismo argumento justificaría la exclusión de buena parte de los trabajadores a tiempo parcial por cuenta ajena.

Respecto de los requisitos personales, el trabajador autónomo estará comprendido con independencia de su sexo y estado civil, pero no de su edad, ya que el Sistema impide la entrada del trabajador por cuenta propia menor de dieciocho años. El

ordenamiento español admite que el menor de edad desarrolle una actividad profesional por cuenta propia, pero el Sistema de Seguridad Social únicamente contemplará a ese menor como empleador -y le atribuirá los derechos y obligaciones correspondientes-, y no como sujeto comprendido. Las interpretaciones *pro beneficiario* han permitido suprimir esa exigencia para determinados asimilados, como los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; y los mismos argumentos podrían extenderse a los consejeros activos, administradores y socios trabajadores de sociedades de capital cuando ostenten el control efectivo de éstas. Un sector doctrinal y judicial ha defendido el anacronismo de esa limitación, pero el art. 7 LGSS es taxativo, y aunque la supresión del requisito es deseable, en tanto el legislador no proceda a su derogación la mayoría de edad como exigencia de acceso continúa vigente y es plenamente operativa para el trabajador autónomo.

4- La situación de los funcionarios públicos ofrece perfiles particulares. No es dudoso que los funcionarios están incluidos en un mecanismo público de protección social. La duda estriba en saber si sus instrumentos protectores forman parte o no del Sistema de Seguridad Social. Formalmente la respuesta afirmativa es incuestionable: la LGSS expresamente declara que los funcionarios públicos son sujetos comprendidos y dispone que su protección deberá articularse mediante la constitución de un régimen especial. La realidad demuestra que tal régimen especial no se ha creado, y que los funcionarios mantienen las estructuras tradicionales, con tres mutualidades (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) para proteger de los riesgos que se actualicen durante la situación de activo y el Régimen de Clases Pasivas para amparar a quienes abandonen el servicio por edad o incapacidad. Las notables diferencias de estructura, gestión, cotización y acción protectora entre los regímenes del Sistema que acogen a asalariados y autónomos y el llamado Régimen Especial de Funcionarios provocan dudas razonables acerca de la efectiva incorporación de los funcionarios al Sistema de Seguridad Social.

Los instrumentos de protección social de los funcionarios podrían considerarse como un mecanismo yuxtapuesto al Sistema de Seguridad Social, con alguna interrelación (prestaciones familiares, cómputo recíproco de cotizaciones), pero con diferencias tan notables que impiden una consideración unitaria. En este sentido, la propia normativa de Seguridad Social alude separadamente al «Régimen de Clases Pasivas del Estado» y al «Régimen General y regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos» (art. 1.1 RD 691/1991, de 12 de abril),

asumiendo que la referencia a los regímenes especiales no incluye necesariamente los instrumentos tuitivos de los funcionarios públicos.

El hecho de que las mutualidades funcionariales y el Régimen de Clases Pasivas pudieran considerarse instituciones externas al Sistema de Seguridad Social no implica que todos los funcionarios públicos se encuentren excluidos del Sistema. Desde la creación misma del Sistema de Seguridad Social en la década de los sesenta se ha ido produciendo un trasvase de colectivos de funcionarios hacia el Régimen General. Ese camino recorrieron los funcionarios de empleo y los funcionarios de organismos autónomos en un primer momento, y los funcionarios autonómicos y locales posteriormente. Permanecen al margen del Sistema, o al menos en esa zona fronteriza, los funcionarios de carrera de la Administración del Estado (o determinados colectivos asimilados a los mismos, como los registradores), los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia y quienes realicen actividades bajo el mando de la Administración Militar, sean o no funcionarios de carrera (reservistas en situación de activado o militares de reemplazo, por ejemplo).

La condición de funcionario público, por otra parte, es la vía de permanencia en la protección pública, del Sistema o de los mecanismos propios de los funcionarios, de quienes desarrollan determinadas actividades de carácter público no recogidas en el art. 7.1 LGSS. En algunas ocasiones quienes ejercen el cargo o función correspondiente han sido asimilados a trabajadores, lo que conlleva su obligatoria inclusión en el Sistema (altos cargos de las Administraciones Públicas, miembros de las corporaciones locales), aunque en ciertos supuestos se ha prescindido de la compulsión jurídica y se ha atribuido al interesado la facultad de decidir su incorporación por la vía del convenio especial (parlamentarios).

Sin embargo, no todas las actividades de marcado carácter público han sido expresamente asimiladas al trabajo asalariado o autónomo; quienes desarrollan esas tareas permanecerán excluidos del Sistema, salvo, precisamente, que puedan mantener la situación de alta o asimilada por provenir de la función pública. Los miembros de los diferentes órganos constitucionales resultan suficientemente ilustrativos, porque ni en la LGSS ni en sus correspondientes estatutos jurídicos se declara expresamente que dicha actividad esté protegida por el Sistema, y no es claro que el cese en un trabajo por cuenta ajena o propia motivado por el desempeño de esa actividad justifique la permanencia en el Sistema.

5- La territorialidad es una de las vigas maestras sobre las que se erige el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social. Los instrumentos públicos de protección social se ven constreñidos por los límites inmanentes a la soberanía del Estado. La residencia y el desarrollo de una actividad en España constituyen no sólo requisitos coherentes para facilitar el normal desenvolvimiento del Sistema, sino exigencias consustanciales a las posibilidades de actuación de los poderes públicos. No obstante, la territorialidad de la residencia y/o de la actividad cuenta con excepciones, porque si residencia y trabajo no coinciden en el mismo Estado debe prevalecer uno de esos aspectos y porque otras circunstancias, y en especial la nacionalidad, legitiman la actuación del sistema más allá de sus fronteras sin violentar competencias de otros Estados. Se produce en estos casos la extensión en el espacio de un ordenamiento de Seguridad Social, que protegerá a sujetos que residen y/o realizan una actividad en territorio de otro Estado, cuyo sistema se inhibe de ordinario para evitar una duplicidad de cobertura.

Las excepciones al criterio territorial se contienen normalmente en convenios internacionales, bilaterales y multilaterales, así como en el Derecho Comunitario, aunque en el ordenamiento interno pueden encontrarse algunas previsiones. A grandes rasgos, y partiendo de la premisa de que la norma de conflicto remite a un único sistema de Seguridad Social que se aplicará en su conjunto, la disociación entre el lugar de residencia y el lugar de trabajo conlleva la aplicación del régimen jurídico del trabajo transfronterizo, en el que se hace primar el lugar de trabajo sobre el de residencia. En consecuencia, el trabajador se incorporará al sistema de Seguridad Social del Estado en el que trabaja en aplicación de la *lex loci laboris*, solución lógica pero que puede provocar disfunciones respecto de las prestaciones no contributivas, que presentan vínculos más estrechos con el Estado de residencia. Debería admitirse en estos supuestos la aplicación cumulativa de dos sistemas de Seguridad Social, el del lugar de trabajo respecto de la modalidad contributiva y el del lugar de residencia para las prestaciones asistenciales, con el fin de adecuar la respuesta a las circunstancias del trabajador.

El desplazamiento temporal de trabajadores suscita una problemática diversa, puesto que residencia y trabajo concurren en el mismo Estado. No obstante, el trabajador desplazado mantiene un intenso vínculo con el Estado de envío, al que retornará cuando concluya la misión encomendada. No es de extrañar, por tanto, que el trabajador se desplace con su sistema de Seguridad Social, en el que permanecerá

incluido si se estima que el desplazamiento no excederá de un tiempo prefijado (depende de la aplicación de un convenio internacional o del Derecho Comunitario), aunque deberá incorporarse al sistema del Estado receptor si el desplazamiento está programado por un tiempo superior a esos umbrales. Si no son de aplicación las normas comunitarias o internacionales, el Sistema prevé una extensión con carácter residual y subsidiario con el propósito de complementar la protección que el ordenamiento extranjero dispensa a quienes estando comprendidos en el Sistema español son desplazados temporalmente al extranjero.

El trabajo transfronterizo y el desplazamiento temporal suponen las dos excepciones más habituales a la territorialidad, pero no las únicas. Los funcionarios permanecerán en el sistema del Estado al que pertenezca la Administración por cuya cuenta actúan; el trabajo en embajadas permite a los extranjeros optar por el ingreso en el sistema de Seguridad Social del Estado en el que trabajan o de aquél al que representa la embajada si son nacionales de ese Estado, sin perjuicio de que los embajadores queden comprendidos en todo caso en el sistema del Estado de envío; y los pabellones de conveniencia generan graves situaciones de desamparo por la ausencia de toda —o cuanto menos adecuada— cobertura social en los países bajo cuyas banderas navegan muchos buques.

Sin embargo, la excepción más pura al criterio territorial deriva del deber del Estado de proteger a sus nacionales en cualquier lugar del mundo. El Estado español se ha caracterizado tradicionalmente por la exportación de mano de obra. La emigración a Europa y a América del Sur ha sido una constante histórica que no sólo justifica, sino también exige, determinadas medidas para proteger a quienes ante la ausencia de oportunidades laborales han debido buscar mejor fortuna en otros lugares. El convenio especial y determinadas prestaciones asistenciales (pensiones asistenciales por ancianidad o prestaciones por el abandono de España a tempranas edades debido a la Guerra Civil) se han convertido en los principales vehículos de expansión del Sistema de Seguridad Social a esos colectivos.

6- La nacionalidad ha condicionado históricamente la extensión del campo de aplicación del Sistema a través de la exigencia de reciprocidad, pero no es hoy un requisito de acceso al Sistema, sino a lo sumo, y en determinadas circunstancias, un límite indirecto. Salvo las medidas específicas de extensión del Sistema de Seguridad Social a españoles en el extranjero, perfectamente razonables, el ingreso en el campo de aplicación no queda restringido a los españoles. La concurrencia de residencia y trabajo

en España exigen el ingreso con independencia de la nacionalidad del trabajador, y la inclusión —o exclusión— en caso de trabajo transfronterizo, desplazamiento temporal, etc. afectan de igual manera a españoles y extranjeros.

La nacionalidad en sí misma no tiene más incidencia que ésta en materia de Seguridad Social; la posible exclusión del extranjero no se debe a su nacionalidad, sino a la situación regular o no en España. Si no existieran autorizaciones para residir y trabajar toda persona que cumpliera los requisitos establecidos en la normativa de Seguridad Social quedaría comprendida en el Sistema. Pero la licitud de la entrada y trabajo en territorio español se supedita a la obtención de las pertinentes autorizaciones, cuya carencia repercute en el Sistema de Seguridad Social. Los ciudadanos comunitarios, y quienes se benefician de la libre circulación, no necesitan esas autorizaciones, por lo que el cumplimiento de las normas generales determinará la inclusión en el Sistema, ya que disfrutan de la igualdad de trato. Los extranjeros en situación regular también tienen reconocido el derecho a un trato no discriminatorio en materia de Seguridad Social, tanto en la modalidad contributiva (desde la Ley 13/1996) como en las prestaciones no contributivas (tras la LOE).

En cambio, los extranjeros en situación irregular presentan una problemática específica. La nulidad del contrato de trabajo celebrado en esas circunstancias deparaba su exclusión del Sistema de Seguridad Social, solución pacífica hasta que el art. 36.3 LOE dispuso, en primer término, que la carencia de la autorización para trabajar «no invalida» los derechos del trabajador y, después, que el trabajador tiene derecho a las «prestaciones que pudieran corresponderle». El contrato de trabajo de un extranjero en situación irregular es nulo tras la LOE, por más que pueda reclamar ciertos derechos derivados del trabajo prestado, como reconoce el art. 9.2 ET; y la nulidad del contrato de trabajo, no sólo para los extranjeros, sino en general, impide el acceso al Sistema. La eventual validez del contrato se limitaría a los efectos *inter partes*, sin que se puedan generar responsabilidades para un tercero, como es el Sistema de Seguridad Social; de lo contrario, se obligaría al Estado a reconocer y amparar como trabajador a quien no ha autorizado para residir y/o trabajar en su territorio, convalidando por la vía de hecho una situación antijurídica.

La jurisprudencia ha abogado por una solución de mínimos al reconocer al extranjero en situación irregular la protección del Sistema frente a los riesgos de origen profesional, y en particular frente al accidente de trabajo. La especialidad de los riesgos profesionales excede así de una mera función de modalización de la acción protectora,

para convertirse en un criterio de incorporación «impropia» al Sistema de Seguridad Social. Ciertamente es que el legislador ha procedido a inclusiones en el Sistema a los solos efectos de proteger de los accidentes acaecidos en el cumplimiento de determinadas prestaciones obligatorias, pero en el caso de los extranjeros en situación irregular su prestación de servicios no se fundamenta en una compulsión jurídica, existe un incumplimiento de una norma prohibitiva y no se encuentra un precepto que de forma clara y taxativa extienda la protección contra riesgos profesionales a ese colectivo, porque no causan prestaciones quienes no se encuentran comprendidos en el campo de aplicación del Sistema, salvo excepciones tasadas (pensionistas respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia y la asistencia sanitaria). Ni los convenios internacionales ni las normas internas -por genéricas, vacías de contenido o dirigidas a otros fines- conceden tamaña elasticidad a los requisitos de ingreso en el Sistema. El art. 36.3 LOE resulta tan impreciso que podría atribuir al trabajador extranjero en situación irregular el derecho a todas las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, pero una interpretación contextual obliga a descartar esa aproximación; a la postre, las únicas prestaciones que legalmente corresponden al extranjero en situación irregular son la asistencia sanitaria (art. 12 LOE) y determinados beneficios de Asistencia Social (art. 14 LOE).

7- Los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia constituyen los dos colectivos de profesionales más característicos, pero la dinamicidad de las formas de producción hace surgir permanentemente nuevas maneras de trabajar con perfiles propios. El Sistema de Seguridad Social no las incluye de manera automática, sino que, al contrario, las contempla como actividades no protegidas mientras el legislador no prevea específicamente lo contrario. En efecto, aunque el Sistema califica como sujetos comprendidos a los trabajadores por cuenta ajena, a los autónomos y a los asimilados, no ha elaborado -no debe hacerlo si conlleva un *numerus clausus*- una relación de los trabajadores que han de entenderse asimilados, sino que la asimilación depende de una intervención normativa específica caso por caso.

La asimilación, así pues, concede amplias facultades, ya que proporciona flexibilidad para decidir quién, cuándo y en qué condiciones será incluido en el Sistema de Seguridad Social. En tanto no se produzca la decisión, el colectivo no asimilado permanecerá al margen del Sistema por no desarrollar una actividad protegida. La asimilación suele tomar como referencia a los trabajadores asalariados, aunque también se han producido asimilaciones a trabajadores autónomos -e incluso a funcionarios-

que, a pesar de la ausencia de habilitación legal, deben admitirse por constituir un avance hacia la universalidad subjetiva. La asimilación atribuye al legislador posibilidades prácticamente ilimitadas, ya que puede asimilar no sólo a colectivos de auténticos profesionales, sino también a sujetos que no desarrollan una actividad profesional, y que por ello deberían quedar excluidos de la modalidad contributiva ante la ausencia de contraprestación económica y de ánimo de lucro.

Es posible, así pues, diferenciar dos clases de asimilación, la asimilación a trabajadores y la asimilación a la profesionalidad. La primera se dirige a quienes desempeñan una actividad profesional, que de una u otra forma han de estar incluidos en el Sistema; la rigidez de las categorías jurídicas de asalariado y autónomo, sin embargo, pospone su efectiva incorporación hasta que una norma expresamente lo reconozca. La asimilación a la profesionalidad, por su parte, beneficia a colectivos cuyo acceso a la modalidad contributiva del Sistema no es una exigencia del modelo profesional, y en muchos casos ni siquiera es previsible, porque no se desarrolla una actividad profesional en sentido estricto. De este modo, la asimilación -y sobre todo la asimilación a la profesionalidad- permite, en potencia, extender el Sistema a toda la población, porque prácticamente cualquier actividad puede encajar en esa fórmula; es suficiente que una norma así lo establezca, como ha sucedido con el clero regular, los estudiantes e incluso los becarios de investigación, aunque en la actividad de estos últimos concurre una dosis de profesionalidad superior a la que se aprecia en los otros dos colectivos.

8- El cuarto de los pilares que soportan el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social es el estado de necesidad. Los mecanismos de protección social nacieron, precisamente, para proteger a las personas sin recursos, y la misma existencia del Sistema se justifica por la atención a la necesidad. No en vano, los seguros sociales convirtieron la debilidad económica en requisito *sine qua non* de acceso, ya que la afiliación se supeditaba a la obtención de recursos por debajo de unos umbrales prefijados. Los trabajadores que percibieran ingresos superiores quedaban excluidos, bajo el pretexto de que podían hacer frente a las dificultades por sí mismos, sin recurrir a la solidaridad colectiva.

La acreditación de un estado de necesidad real no es en el momento presente una exigencia ni para la inclusión en el Sistema ni para la dispensación de la acción protectora. La Ley de Bases, y previamente el Mutualismo Laboral, permitieron el ingreso de todos los trabajadores con independencia de sus rentas, y por ello la

debilidad económica o bien se presume, o bien incide excepcionalmente en las condiciones de percepción de alguna prestación. En realidad, la modalidad contributiva presupone que el trabajador que deja de percibir los ingresos derivados de su actividad profesional se encuentra de manera automática en una situación de necesidad, ante la que el Sistema debe actuar. Por tanto, el Sistema no identifica la situación de necesidad con una debilidad económica real, sino con el mero defecto de ingresos o, en su caso, exceso de gastos a consecuencia de la actualización de una de las contingencias protegidas.

Sin embargo, y comoquiera que no parece probable que mediante asimilaciones a la profesionalidad pueda alcanzarse la universalidad subjetiva, la debilidad económica es la vía para superar efectivamente las limitaciones del modelo profesional-contributivo y extender el Sistema de Seguridad Social a quienes no desarrollan una actividad profesional. Las prestaciones no contributivas son el mayor exponente de esta forma de proceder, puesto que convierten la carencia de recursos –y no el defecto de ingresos o el aumento de gastos- en el principal criterio de ingreso en el Sistema. El estado de necesidad, por consiguiente, está llamado a jugar el papel más destacado en la definitiva consecución de la universalidad subjetiva.

9- La conjugación de los criterios de profesionalidad, territorialidad, nacionalidad y estado de necesidad permite delimitar con bastante exactitud el perímetro del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, por la dimensión que ha alcanzado su ámbito subjetivo y por el hecho de que todavía no pueda predicarse del mismo la completa universalidad surgen abundantes zonas de penumbra. La ausencia de criterio normativo expreso en determinados supuestos obliga a acudir a la interpretación judicial, e incluso a la administrativa; no en vano, la Administración desempeña una función de carácter más inmediato, porque en un primer momento ha de determinar si procede o no la inclusión en el Sistema, y no todas sus decisiones son recurridas. Además, la diversidad de situaciones que la práctica depara favorece las conjeturas, alentadas por la frecuente disparidad de criterios tanto entre los distintos tribunales cuando no existe jurisprudencia sobre el particular, como entre los entes territoriales de la propia Administración de la Seguridad Social, amén de por la falta de publicidad de las resoluciones administrativas.

En muchas ocasiones, las zonas fronterizas tienen su origen en la calificación de la relación jurídica que debe propiciar el acceso al Sistema de Seguridad Social. Los problemas de delimitación entre beca y relación laboral, o entre trabajo benévolo y

contrato de trabajo, por ejemplo, parten habitualmente de reclamaciones que persiguen que la extinción de la pretendida beca o relación no retribuida se califique como despido improcedente, y así obtener la correspondiente indemnización o, en su caso, la readmisión. Pero el nacimiento de una relación laboral en tales casos lleva aparejada la inclusión en el Sistema de Seguridad Social.

Es claro, por consiguiente, que en estas situaciones no se producen inclusiones constitutivas en el Sistema de Seguridad Social. El listado de actividades profesionales del art. 7.1 LGSS permanece incólume, porque las actividades formativas no instrumentadas a través de un contrato formativo y los trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad, incluidos el voluntariado y el trabajo militante, están excluidos del Sistema. Las dificultades se deben a la utilización desviada de figuras pensadas para otros fines, a las que se recurre con el propósito de reducir costes sociales eludiendo las obligaciones que imponen el Sistema de Seguridad Social y el Derecho del Trabajo. La inclusión o no en el Sistema es una consecuencia de esa calificación previa, que ha de efectuarse conforme a las normas laborales, civiles e incluso administrativas; a la postre, la diferencia entre el contratado administrativo, excluido del Sistema salvo puntuales excepciones, y el trabajador asalariado, genera las mismas incertidumbres.

10- No todos los supuestos limítrofes pueden achacarse a la voluntad fraudulenta de las partes, porque en ocasiones es el propio Sistema de Seguridad Social el que no precisa con claridad los criterios que motivan la incorporación de determinados colectivos y la exclusión de otros que se encuentran en análoga situación. El trabajo no voluntario ofrece ejemplos evidentes. Las prestaciones personales obligatorias no se encuentran entre las actividades profesionales protegidas por el Sistema, y por ello quienes las realizan no merecen la consideración de sujetos comprendidos en su ámbito subjetivo. Sin embargo, la especialidad de los riesgos profesionales tan característica del Sistema español de Seguridad Social ha dado lugar a inclusiones «impropias», que suponen la incorporación al campo de aplicación del obligado, pero con una acción protectora limitada a las contingencias originadas con ocasión y a consecuencia del ejercicio de la concreta actividad. Las prestaciones personales que puede exigir un ente local y la participación en mesas electorales son actividades protegidas en esas circunstancias, al contrario, por ejemplo, que la función de jurado o los trabajos requeridos en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, que se encuentran excluidos del Sistema. La justificación de la diferencia estriba, meramente, en la

voluntad del legislador, porque no se aprecian razones jurídicas, técnicas ni económicas que puedan explicar convincentemente el porqué del distinto régimen jurídico.

Por su parte, el trabajo familiar, o más bien la presunción de trabajo familiar, suscita de ordinario un mero problema de encuadramiento, porque quien colabora en la actividad profesional de su cónyuge o de un pariente hasta el segundo grado debe ingresar en el Sistema de Seguridad Social bien como asalariado, bien como autónomo. No obstante, la presunción de trabajo familiar puede obstaculizar el acceso al Sistema en relación con el concepto de trabajador autónomo y, en su caso, respecto del trabajo en el hogar familiar. La exclusión del Sistema de los trabajadores por cuenta propia menores de dieciocho años y de quienes realicen un trabajo autónomo no habitual explica que la entrada en juego de la presunción de trabajo familiar pueda impedir el acceso de sujetos que sin dicha presunción estarían normalmente comprendidos en el Sistema como trabajadores asalariados. Asimismo, la presunción de trabajo familiar en el ámbito del hogar supone la irremediable exclusión del cónyuge –porque jurídicamente no parece posible probar la concurrencia de las notas de laboralidad- y también la de los parientes hasta el segundo grado, aunque en este último caso es más factible la prueba de la relación de trabajo; en tanto la presunción no se destruya no cabrá inclusión en el Sistema porque no concurrirán los requisitos de trabajo autónomo, sino más bien los de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad o, lo que es más probable, de cuidado del propio hogar.

El nuevo contexto social ha provocado una evidente asintonía entre el concepto jurídico de familia y la realidad. La progresiva atribución de derechos o beneficios al conviviente de hecho en parcelas diferentes a la Seguridad Social, el reconocimiento del derecho al matrimonio, por la vía de una reinterpretación de los derechos humanos, a colectivos que tradicionalmente han carecido de capacidad matrimonial –homosexuales o transexuales respecto de personas de su mismo sexo biológico-, y el grado de tolerancia ante determinadas manifestaciones culturales o religiosas ajenas a la tradición española –poligamia- dan lugar a cuestiones relevantes no sólo desde la perspectiva de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social –especialmente la causación y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad-, sino también en el plano del ámbito subjetivo, máxime en combinación con la presunción de trabajo familiar.

11- A pesar de la ausencia de un referente normativo que lo declare expresamente, el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena no es una actividad protegida por el Sistema de Seguridad Social. Sí lo es el alterne, que consiste en la

estimulación o incitación al consumo de bebidas alcohólicas en un establecimiento abierto al público. Las diferencias resultan demasiado sutiles en algunas ocasiones, fundamentalmente cuando quien alterna también mantiene relaciones sexuales con los clientes del establecimiento a cambio de una contraprestación económica. La exclusión de quienes se dediquen a la prostitución por cuenta ajena tiene un sólido sustento en la calificación como delito del proxenetismo, pero de ese modo no se explica por qué permanecen fuera del Sistema quienes se dedican a esa actividad por cuenta propia, ya que no hay impedimento o prohibición jurídica en tal circunstancia.

En último término, la exclusión del Sistema de Seguridad Social de quienes ejercen la prostitución se justifica a partir de consideraciones morales: el contrato de trabajo o el eventual contrato de arrendamiento de servicios incurren en vicio de nulidad por objeto ilícito, pues en el momento presente la prostitución ha de considerarse como una actividad contraria a la moral o a las buenas costumbres, aunque la complejidad que presenta la apreciación, determinación y concreción tanto de una como de las otras permite augurar cambios a corto o medio plazo.

12- El Sistema, por consiguiente, ha alcanzado un elevado grado de desarrollo y madurez, y su ámbito subjetivo así lo refleja. Los sujetos que realizan una actividad profesional están incluidos en un porcentaje muy elevado. La supresión de la habitualidad del trabajo autónomo permitiría una ampliación, así como la asimilación de colectivos que lo solicitan desde hace tiempo (cargos sindicales), o de otros a los que podría dispensarse protección al menos frente a contingencias profesionales (voluntarios). Muchas de esas decisiones sobre inclusión o exclusión se mueven a la postre en términos de pura política legislativa (coste-beneficio político y económico), lo que las hace difícilmente extrapolables a otros ordenamientos y no permite propugnar soluciones universales.

La creación de nuevas prestaciones no contributivas que amparen a quienes no desarrollan una actividad profesional y no cumplen los requisitos de las actuales prestaciones asistenciales contribuiría decisivamente a acelerar el tránsito hacia la universalidad subjetiva, pero las disponibilidades económicas frenan hasta el momento esa aspiración. La protección de la dependencia puede coadyuvar a ese objetivo, en cierta manera, pero las distintas posibilidades teóricas en su configuración no permiten aseverar que provocará una verdadera expansión del campo de aplicación del Sistema. Parece que el legislador se decantará por una fórmula mixta —que aúne elementos contributivos y asistenciales—, lo que no garantizará la universalidad subjetiva, pero en

mayor o menor medida permitirá la incorporación al Sistema de nuevos colectivos en estado de necesidad.

No es probable, en un futuro próximo, que el Sistema de Seguridad Social instaure una renta mínima universal a la que puedan acceder todos los ciudadanos en estado de necesidad. Si la protección por desempleo ha encendido las alarmas sobre una posible desincentivación del trabajo ante prestaciones generosas, la creación de un ingreso garantizado para todos los ciudadanos —o incluso todos los residentes— debería venir precedida de un intenso debate social que eliminase las reticencias de sus muchos detractores. A la postre, esas voces críticas han puesto de manifiesto los peligros para la economía que generará el salario social que como medida de Asistencia Social han instaurado algunas CCAA.

13- Más factible como avance cualitativo, aunque ambivalente, es la creación de un seguro voluntario, que supondría una publicación del seguro privado o de los planes de pensiones. El seguro voluntario hace posible una universalidad subjetiva potencial si se permite que cualquier persona que lo desee pueda suscribirlo; sin embargo, cuenta asimismo con una faceta negativa: la supresión de la obligatoriedad no es conveniente, al menos no siempre es conveniente, porque concedería una vía de huida a determinados colectivos que deben formar parte del Sistema. No se olvide, por ejemplo, que en muchos Estados el ingreso de los trabajadores autónomos es voluntario, lo que supone la exclusión en la práctica de gran parte de ellos, que deciden permanecer al margen para no afrontar las cargas que genera el Sistema. La voluntariedad, por ende, resulta contraproducente, porque puede perjudicar a los más necesitados si no están en disposición de asumir las obligaciones contributivas. En el terreno de las hipótesis, la instauración de un seguro facultativo probablemente se esgrimiría como argumento en contra de la creación de nuevas prestaciones no contributivas. Las dos principales manifestaciones de voluntariedad en la incorporación al Sistema de Seguridad Social parecen corroborar esta dimensión negativa, ya que ni el convenio especial es una vía de uso generalizado —más por desconocimiento de los afectados que por una defectuosa configuración—, ni los profesionales liberales cuando pueden optar se deciden masivamente por el Sistema en detrimento de la mutualidad adscrita a su colegio.

El seguro facultativo, bien entendido, podría constituir una vía de universalización provisional, a la espera de un contexto más propicio para extender el Sistema de Seguridad Social a toda la población. Pero las fórmulas de inclusión voluntaria tienden a eternizarse y el paso a la obligatoriedad, cuando económicamente

resulta viable, puede provocar un coste social y político difícil de asumir. Por ello, el seguro facultativo no debería en ningún caso sustituir a la asimilación como criterio de inclusión en el Sistema. Es cierto, no obstante, que las contraindicaciones de la incorporación voluntaria suelen manifestarse con mayor intensidad en los sistemas de Seguridad Social poco consolidados, y que en un Sistema como el español la apertura de vías de incorporación voluntaria para sujetos no comprendidos en el Sistema y no susceptibles de inmediata asimilación -v. gr. personas dedicadas al cuidado de su propio hogar- habría de merecer una valoración indudablemente positiva, siempre que la obligatoriedad se mantuviera en los mismos términos para quienes desarrollan una actividad profesional.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

AA.VV., *Acción protectora y estructura orgánica de la Seguridad Social*, Subsecretaría de Planificación de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977.

AA.VV., *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Segunda Edición, MTSS, Madrid, 1977.

AA.VV., *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma*, IESS, Madrid, 1981.

AA.VV., *Legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

AA.VV., *La Seguridad Social de los empresarios individuales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

AA.VV., *Estudios preparatorios para la Ley de Prestaciones no Contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.

AA.VV., *La Sécurité Sociale. Régime des salariés et assimilés*, Revue Fiduciaire, París, 1994.

AA.VV., *Sécurité Sociale. Guide pratique*, Questions de Sécurité Sociale, Champigny sur Marne, 1996.

AA.VV., *La Sécurité Sociale des expatriés*, Questions de Sécurité Sociale, nº 558, 2000.

A.P. ABARCA JUNCO,

- A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004.

- A.P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, *De nuevo sobre la alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento laboral*, REDT, nº 126, 2005.

W.A. ACHENBAUM, *Social Security. Visions and revisions*, Cambridge University Press, Nueva York, 1986.

M.E. ACKERMAN, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 3, 2004.

A.J. ADRIÁN ARNÁIZ,

- "La libre circulación de trabajadores", en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

- *La Sentencia K.B. del TJCE de 7 de enero de 2004: un paso fundamental para la perspectiva de la ciudadanía europea y la construcción de una Europa social*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 10, 2005.

M. AGÍS DASILVA, *El segundo registro español de buques y su repercusión en la normativa laboral de extranjería. Notas para un estudio*, Tribuna Social, nº 49, 1995.

J.J. DEL ÁGUILA,

- J.J. DEL ÁGUILA y E. LILLO, *Naturaleza jurídica de la relación del dirigente o liberado*, RL, Tomo I, 1986.

O. DEL ÁGUILA CAZORLA,

- J.L. TORTUERO PLAZA y O. DEL ÁGUILA CAZORLA, *Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate*, RMTAS, nº 54, 2004.

R. AGUILERA IZQUIERDO,

- *El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las universidades públicas de Madrid*, REDT, nº 118, 2003.
- *El Estatuto del Becario de Investigación*, REDT, nº 121, 2004.

C. AGUT GARCÍA,

- *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: régimen jurídico del campo de aplicación*, RTSS, nº 15, 1994.
- *Protección por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 150, 2003.

B. AHUMADA VILLALBA, *La beca de formación práctica con prestación de servicios*, RL, nº 2, 1999.

M.R. ALARCÓN CARACUEL,

- *La nueva configuración legal de la relación de empleo público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, 1985.
- *La integración de los servicios sociales y la asistencia sanitaria en la Seguridad Social*, TL, nº 7, 1986.
- M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988.
- M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988.
- M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Política de empleo y protección por desempleo", en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996.
- "Hacia el Derecho de la Protección Social", en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- *La reforma del sistema de pensiones en España*, TL, nº 48, 1998.
- *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- M.R. ALARCÓN CARACUEL (Coord.), "Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social (1981-2000)", en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y F. ELORZA GUERRERO (Coord.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- "El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social", en J. CRUZ VILLALÓN (Coord.), *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002.
- "La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social", en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.
- "Los principios jurídicos de la Seguridad Social", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

M.M. ALARCÓN CASTELLANOS, *La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de ejecución futura*, AS, nº 7, 2000.

J.A. ALBERCA DE CASTRO, *Régimen jurídico del Ministro de Culto en España y Francia*, Comares, Granada, 1999.

J.M. ALCÁNTARA Y COLÓN, "El requisito de estar en alta o situación asimilada al alta a efectos del percibo de prestaciones, principalmente, de viudedad y orfandad", en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001.

R. ALCÁZAR CARRILLO, *La Seguridad Social y la protección a la familia*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

E. ALEMANY ZARAGOZA, *Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días*, AS, nº 22, 2005.

M. ALENDA SALINAS,

- "Poligamia musulmana y unión de hecho", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

- *Matrimonio religioso y delito estatal de bigamia*, Revista Española de Derecho Canónico, nº 55, 1998.

J.M. ALMANSA PASTOR,

- *La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*, RPS, nº 67, 1965.

- *La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español*, RPS, nº 71, 1966.

- *La reforma de la protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social*, RSS, nº 9, 1981.

- *Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 63-64, 1981.

- *Caracterización jurídica de la actividad y de la organización del Voluntariado de Acción Social*, RSS, nº 18, 1983.

- *Derecho de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1987.

M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

J. ALMUNIA AMANN, *El futuro de la Seguridad Social*, DL, nº 37, 1992.

B. ALONSO GARCÍA,

- *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997.

- *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero*, REDT, nº 110, 2002.

M. ALONSO GARCÍA,

- *Contrato de trabajo y Seguridad Social*, RISS, nº 6, 1955.

- *Derecho del Trabajo*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1960.

M. ALONSO OLEA,

- M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Primera Edición, Madrid, 1959.
- *Salarios y subsidios familiares en la Mater et Magistra*, Cuadernos de Política Social, nº 52, 1961.
- *El Seguro Nacional de Desempleo*, RISS, nº 6, 1961.
- *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1964.
- *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Cuarta Edición, Madrid, 1972.
- “Características comunes y clasificación de los Regímenes Especiales”, en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- “Los principios cardinales de la Seguridad Social Agraria”, en AA.VV., *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974.
- “El trabajo en régimen de servidumbre”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- *El paro forzoso y su aseguramiento*, RSS, nº 15, 1982.
- *Cien años de Seguridad Social*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.
- *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo I (1983)*, Civitas, Madrid, 1984.
- “Las mutualidades de previsión social (arts. 16 a 21)”, en E. VERDERA Y TUELLS (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1988.
- *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo VI (1988)*, Civitas, Madrid, 1989.
- “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en R. GÓMEZ-FERER MORANT, *Libro homenaje al profesor Jose Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- *Familia, matrimonio y pensión de viudedad*, REDT, nº 46, 1991.
- *El despido de un transexual (a propósito de la sentencia comunitaria de 30 de abril de 1996)*, REDT, nº 87, 1998.
- *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1999.
- “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, RMTAS, nº 24, 2000.
- “La Seguridad Social: pasado, presente y futuro”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.
- “Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.
- *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001.
- M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002.
- M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Edición, Civitas, Madrid, 2002.
- “Trabajadora por cuenta ajena de la Unión de Agrupaciones Cristianas Adventistas del Séptimo Día y su cotización a la Seguridad Social”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XLIX (2001)*, Civitas, Madrid, 2002.

- *Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad*, RMTAS, nº 39, 2002.
- *Las pensiones de viudedad hoy*, Tribuna Social, nº 154, 2003.

E. ALONSO RODRIGO,

- E. ALONSO RODRIGO, M. SERRANO ARGÜESO y G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social*, RTSS (CEF), nº 261, 2004.

J.M. ALONSO SECO,

- J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000.

- F. ALONSO SOTO,** *Las relaciones laborales en las cooperativas en España*, REDT, nº 20, 1984.

- M. ÁLVAREZ ALCOLEA,** *La condición jurídico-laboral de los socios de cooperativas de producción*, RPS, nº 107, 1975.

J.C. ÁLVAREZ CORTÉS,

- *La competencia de las CCAA en materia de protección social*, TL, nº 51, 1999.
- *Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea*, AL, nº 22, 1999.
- *Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, RMTAS, nº 27, 2000.
- *Sobre los requisitos para tener derecho a pensiones no contributivas: en especial, la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas*, TL, nº 55, 2000.
- *Rentas computables para la determinación del umbral de pobreza en el subsidio por desempleo para trabajadores eventuales del campo*, AS, nº 7, 2000.
- *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- *Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería*, RL, nº 4, 2001.
- *Nuevamente sobre las competencias de las CCAA en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la STC 239/2002, de 11 de diciembre*, TL, nº 68, 2003.
- "Artículo 7", "Artículo 98", "Disposición Adicional 1ª", "Disposición Adicional Cuarta" y "Disposición Adicional 5ª", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- J.C. ÁLVAREZ CORTÉS y R. PÉREZ YÁÑEZ, *Algunas novedades recientes en la legislación de Seguridad Social*, RL, nº 15-16, 2005.

- M. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ,** *Seguro de dependencia: ¿qué interés tiene para el sector privado asegurador*, RL, nº 17-18, 2004.

J.M. ÁLVAREZ DE LA ROSA,

- *El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales*, RSS, nº 15, 1982.
- M.C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Duodécima Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

K.J. ALVIEZ DOHRMANN,

- K.J. ALVIEZ DOHRMANN, M.C. JAIMEN TRASSIERRA y S. OLARTE ENCABO, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Universidad de Granada, Granada, 1992.

I. ALZAGA RUIZ,

- *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001.
 - *Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: un estudio sobre su concepto. Las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo*, DL, nº 65, 2001.

B. ANCEL,

- B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998.

L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *Nueva perspectiva de las Mutualidades de Previsión Social*, Noticias de la Unión Europea, nº 139-140, 1996.

R. ANIORTE SANZ,

- *Delimitación actual del contrato de trabajo y problemas de encuadramiento en Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999.
 - *El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*, RTSS (CEF), nº 206, 2000.

J.C. APARICIO PÉREZ, *El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social. La apuesta de futuro para la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

J. APARICIO TOVAR,

- *La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo*, RDS, nº 19, 2002.
 - "La Seguridad Social en la Constitución", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
 - *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

M. APILLUELO MARTÍN, *La relación de trabajo del menor de edad*, CES, Madrid, 1999.

M.L. ARASTEY SAHÚN, *El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, Tribuna Social, nº 142, 2002.

G. ARCE CANO, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, Ed. Porrúa, Mexico, 1972.

M. ARETA MARTÍNEZ,

- *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
 - "Disposición Transitoria 8ª", "Disposición Transitoria 9ª" y "Disposición Transitoria 10ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.
 - *Prestación económica de pago único por parto múltiple: hecho causante, sujetos causantes y beneficiarios. Particularidad: adopción internacional múltiple (tres menores)*, AS, nº 16, 2004.

E. ARGIROFFO, *La OIT ante el problema de las banderas de conveniencia de los navios que no cumplen las normas mínimas*, Revista Internacional de Trabajo, volumen 90, nº 5, 1974.

A.R. ARGÜELLES BLANCO,

- *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

A. ARIAS DOMÍNGUEZ,

- M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, "Artículo 7" y "Disposición Adicional 3ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.

- A. ARIAS DOMÍNGUEZ, E.A. GARCÍA SILVERO y F.J. HIERRO HIERRO, "La protección por desempleo de los trabajadores agrarios de carácter eventual de Andalucía y Extremadura" y "La protección social de los deportistas", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- *Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia*, RTSS (CEF), nº 260, 2004.

F.J. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA,

- F.J. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA y V. RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Cuarta Edición, MAD, Sevilla, 2004.

P. ARNALDOS JIMENO,

- *La unificación de los seguros sociales y el Seguro de Accidentes de Trabajo*, RESS, nº 10, 1947.

- *La universalidad del campo de aplicación de los seguros sociales obligatorios*, RESS, nº 3, 1951.

A. ARQUED SANMARTÍN,

- R. ESTEBAN LEGARRETA y A. ARQUED SANMARTÍN, *Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes*, AS, nº 12, 2001.

A. ARRANZ PANADERO,

- "Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

- J. MONTALVO CORREA y A. ARRANZ PANADERO, "Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

A. ARUFE VARELA,

- *El nuevo «compromiso de actividad», de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo*, AL, nº 33, 2002.

- *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003.

- J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2005.

D.E. ASHFORD, *La aparición de los Estados de Bienestar*, MTSS, Madrid, 1989.

L.M. ÁVALOS MUÑOZ, *Las mutualidades de previsión social en la nueva Ley de Seguros*, Noticias de la Unión Europea, nº 139-140, 1996.

M. ÁVILA ROMERO,

- *Concepto de empresario y trabajador en los riesgos profesionales*, RSS, nº 21, 1984.

- *La seguridad social del clero y sus auxiliares seculares*, La Ley, 1984.

J.L.H. AVILÉS,

- J. EUGENIO BLANCO y J.L.H. AVILÉS, *Mutualismo Laboral*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1957.

C. AYALA DEL PINO, *Relación laboral común o especial de servicio del hogar familiar*, AS, nº 21, 2004

S. AZNAR, *Los Seguros Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947.

S. AZNAR GERNER,

- *La Seguridad Social en Nueva Zelanda*, RESS, nº 4, 1948

- *El seguro social de los económicamente débiles*, RESS, nº 1-2, 1951.

M. AZNAR LÓPEZ,

- *Una institución centenaria: la Seguridad Social española*, RMTAS, nº 24, 2000.

- *Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos*, Foro de Seguridad Social, nº 5, 2001.

M.V.L. BADGETT,

- M.V.L. BADGETT y N. FOLBRE, *¿Quién cuida de los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 118, nº 3.

A. BADIOLA SÁNCHEZ,

- A. BADIOLA SÁNCHEZ y D. LANTARÓN BARQUÍN, "Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

M. BAENA DEL ALCÁZAR, "Prólogo", en B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

D. BAKER,

- D. BAKER y M. WEISBROT, *Social Security: the phony crisis*, University of Chicago, Chicago, 1999.

J. BANACLOCHE PALAO,

- A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

I. BALLESTER PASTOR,

- M.A. BALLESTER PASTOR e I. BALLESTER PASTOR, *La Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, o la definitiva deslaboralización de la prestación de servicios del religioso a su propia Congregación*, Tribuna Social, nº 46, 1994.

- *El trabajador autónomo de la industria y los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social*, RTSS, nº 17, 1995.

- *Acerca del encuadramiento del menor emancipado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (Comentario a la STSJ de Andalucía, Granada, de 27 de febrero de 1996)*, Tribuna Social, nº 70, 1996.

- *¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril de 2002*, AS, nº 20, 2003.

- *Reflexiones al hilo de la redefinición de la acción protectora del RETA en el tránsito hacia su asimilación con el Régimen General o acerca de cómo ha quedado la cobertura social de los autónomos tras las últimas normas*, Tribuna Social, nº 159, 2004.

- I. BALLESTER PASTOR y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, "Invalidez permanente no contributiva", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

M.A. BALLESTER PASTOR,

Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*,

- *La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial*, RL, nº 15-16, 1998.

- *El contrato de formación y la relación en alternancia: viejas soluciones a nuevos problemas*, RTSS (CEF), nº 201, 1999.

- M.A. BALLESTER PASTOR y A. BLASCO PELLICER, *Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional*, Justicia Laboral, nº 2, 2000.

- *Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002*, AL, nº 27, 2003.

M. BARAÑANO CID,

- M. BARAÑANO CID y J. DE LA PAZ, "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia posttradicional"; en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

S. BARCELÓN COBEDO,

- S. BARCELÓN COBEDO y M.G. QUINTERO LIMA, *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004.

E.M. BARENDT,

- A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995.

A. BARRADA RODRÍGUEZ, *Justicia social y Seguridad Social*, RSS, nº 15, 1982.

G. BARRIOS BAUDOR,

- *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- *Supuestos de relativización del requisito de alta en relación a la permanencia en prisión*, AS, Tomo I, 1998.
- A.V. SEMPERE NAVARRO y G.L. BARRIOS BAUDOR, *La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social*, AS, Tomo V, 1998.
- *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, "El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.
- "Artículo 125" y "Artículo 181", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.
- *La «revisión» del Pacto de Toledo*, TL, nº 73, 2004.
- G.L. BARRIOS BAUDOR y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *La protección social en la Constitución Europea*, RMTAS, nº 57, 2005.

C. BAYLEY,

- C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002.

G. BAYÓN CHACÓN,

- *El contrato de intercambio de servicios*, Revista de Derecho del Trabajo, nº 21, 1957.
- *Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio del hombre*, RISS, nº 4, 1958.
- "Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964.
- *Los problemas de personalidad en la Ley de Bases de la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964.
- "El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y regímenes especiales", en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- "La peculiaridad del trabajo agrario", en AA.VV., *La problemática laboral de la agricultura*, Colegio Universitario de San Pablo (CEU), Madrid, 1974.

R.A. BEATTIE,

- "Types and forms of social benefits: choices facing the former socialist countries", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.
- *Protección social para todos, pero ¿cómo?*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 119, nº 2, 2000

I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *La aplicación del Derecho del Trabajo en el espacio internacional*, AL, nº 39, 2003.

S. BELTRÁN MIRALLES,

- S. BELTRÁN MIRALLES y F.J. SÁNCHEZ ICART, *Administradores y socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas en el sistema de la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 189, 1998.

A. BELZUNEGUI ERASO,

- M.A. PURCALLA BONILLA y A. BELZUNEGUI ERASO, *Marcos jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo*, AS, nº 18, 2004.

D. BENEYTO CALABUIG, *Socios trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas: de nuevo el problema de su encuadramiento en la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 190, 1999.

J.C. BENITO-BUTRÓN OCHOA,

- *Actas De liquidación a cooperativa: falta de alta o tardía, multiactividad, validez probatoria y rectificación cuantitativa*, AS, nº 2, 1999.
- "Teletrabajo y Seguridad Social", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.
- "Contratación ilegal de trabajador extranjero y Seguridad Social: en especial la contingencia profesional", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

P. BENLLOCH SANZ,

- *La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados períodos de tiempo*, AS, nº 11, 2001.
- *La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral*, AS, nº 1, 2004.
- *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter labora de la actividad de «alterne»*, AS, nº 17, 2004.

J. BERGHMAN,

- K. VLEMINCKS y J. BERGHMAN, "*Labour market deregulation, non-standard employment and the reform of Social Security*", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

J. BERMEJO VERA, "Constitución y ordenamiento deportivo", en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

S. BERNAL MARTÍN,

- *Los trabajadores a domicilio y al servicio de dos o más empresas y el seguro obligatorio*, *Revista Española de Seguridad Social*, nº 10, 1949.
- *Servicio doméstico y Seguridad Social*, *Cuadernos de Política Social*, nº 10, 1951.

W. BEVERIDGE (Traducción de C. PALOMAR y P. ZULOAGA), *El seguro social y sus servicios conexos*, Editorial Jus, México, 1946.

J.I. BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, *El particular via crucis de los profesores de religión*, RGDTS (iustel), nº 2, www.iustel.com.

J. BICHOT, *L'effet Matthieu revisité*, *Droit Social*, nº 6, 2002.

K.J. BIEBACK, *Protección del trabajo atípico en los sistemas de Seguridad Social de Australia, Gran Bretaña y Alemania*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 1993.

D. BIKKAL,

- *La Seguridad Social en España*, RISS, nº 3, 1954.
- *Las instituciones de previsión social de los trabajadores independientes en Italia*, RISS, nº 1, 1957.
- *La Seguridad Social de la gente de mar en España y en el extranjero*, RISS, nº 6, 1957.

C. BLANCO LOZANO,

- *Derecho Penal. Parte General*, La Ley, Madrid, 2003.
- *Tratado de Derecho Penal Español. El Sistema de la parte general*, Tomo I, Volumen I, Bosch, Barcelona, 2004.

J.M. BLANCO MARTÍN, *La renta activa de inserción: ¿un nuevo subsidio de desempleo? Comentario al RD 236/2000, de 18 de febrero*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2000.

L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992.

R. BLANPAIN,

- R. BLANPAIN y M. CANDELA SORIANO, *El caso Bosman. ¿El fin de la era de los traspasos?*, Civitas, Madrid, 1997.

D. BLANQUER, *Asilo político en España*, Civitas, Madrid, 1997.

C. BLASCO JOVER, *La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, RL, nº 21, 2005.

J.F. BLASCO LAHOZ,

- *La ampliación de la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos suficientes*, AL, nº 19, 1990.
- *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no Contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- *La «protección asistencial», un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español*, AL, nº 36, 1992.
- *Hacia una generalización de la Seguridad Social: los regímenes especiales integrados*, Tribuna Social, nº 42, 1994.
- *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *La regulación de los regímenes especiales de la Seguridad Social, tras la publicación del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, AL, nº 18, 1995.
- *Pluriactividad y trabajadores autónomos*, AL, nº 46, 1995.
- *Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- *Sujetos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- *Campo de aplicación del RETA en relación con los colegiados profesionales*, AL, nº 47, 1996.
- *Comentarios a la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- “Artículo 167”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- *El derecho de los ciudadanos extranjeros a las pensiones no contributivas*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2000.
- *Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España*, AL, nº 25, 2000.
- *La carencia de rentas o ingresos suficientes como requisito imprescindible para causar derecho a las pensiones no contributivas (su determinación legal y judicial)*, AS, nº 17, 2000.
- *Las pensiones no contributivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- “Las prestaciones familiares por hijo a cargo” y “El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *La pervivencia del carácter especial del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Los últimos pronunciamientos judiciales y legislativos sobre su acción protectora*, AS, nº 4, 2003.
- *La protección de la dependencia: un seguro social en construcción*, AS, nº 11, 2003.
- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARDLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARDLER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

A. BLASCO PELLICER,

- *La relación de los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (Análisis de la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 3/93, de 22 de marzo)*, Tribuna Social, nº 47, 1994.
- *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- M.A. BALLESTER PASTOR y A. BLASCO PELLICER, *Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional*, Justicia Laboral, nº 2, 2000.
- T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004.

C. BLASCO RASERO,

- *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- F. SALVADOR PÉREZ y C. BLASCO RASERO, “Disposición Transitoria 8ª”, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- *La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: perspectiva social*, REDT, nº 128, 2005.

F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986.

E.M. BLÁZQUEZ AGUDO,

- *Income Support. Una prestación de garantía mínima para ciertos grupos de ciudadanos*, RTSS (CEF), nº 207, 2000.
- *La discriminación por razón de edad en el ámbito de la Seguridad Social*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

- E.M. BLÁZQUEZ AGUDO y A.B. MUÑOZ RUIZ, *La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso*, RL, nº 17-18, 2004.
- *Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad*, Tribuna Social, nº 174, 2005.
- *La doble función de las mutuas de colegios profesionales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004*, RGDTSS (iustel), nº 7, www.iustel.com.

L. BOCCACIN,

- G. ROSSI y L. BOCCACIN, *¿Qué es el voluntariado?*, RMTAS, nº extraordinario, 2001.

X. BOLTAINA BOSCH, "El trabajo de estudiantes extranjeros en España. las prácticas profesionales para el perfeccionamiento en los usos comerciales o profesionales españoles", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

R. BONNET,

- *La Sécurité Sociale dans les mines*, Dalloz, París, 1963.
- N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, París, 1991.

E. BORRAJO DACRUZ,

- *La política de Seguridad Social en España y los problemas de los estudiantes españoles*, RISS, nº 5, 1953.
- *El trabajador extranjero en el Derecho Laboral de España*, Cuadernos de Política Social, nº 38, 1958.
- *El concepto de "socio beneficiario" del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, RISS, nº 2, 1959.
- *Sujetos protegidos y objeto en la relación jurídica del seguro contra el paro involuntario*, RISS, nº 6, 1959.
- *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962.
- *La responsabilidad de los amos de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, RISS, nº 4, 1962.
- "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en AA.VV., *Trabajo a tiempo parcial y horario flexible*, Madrid, 1978.
- *El modelo constitucional de la Seguridad Social en España*, Revista de Trabajo, nº 65, 1982.
- *Objetivos y bases legales para la promoción de la formación profesional en razón del empleo en España*, Revista de Trabajo, nº 66, 1982.
- *Los derechos colectivos de los médicos del sector público*, RSS, nº 13, 1982.
- *Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico*, RSS, nº 15, 1982.
- *Altos cargos laborales*, EDERSA, Madrid, 1984.
- *La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985*, en DL, nº 15, 1985.
- *De la previsión social a la protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la constitución*, Economía y Sociología del Trabajo, nº 3, 1989.
- *Trabajo penitenciario y derechos fundamentales*, AL, nº 11, 1990.
- *Pensión de viudedad y matrimonio legal*, AL, nº 48, 1990.
- *La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional*, DL, nº 30, 1990.
- "La Seguridad Social en la Constitución española", en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- *Unión familiar de hecho y pensión de viudedad*, AL, nº 26, 1994.
- "Profesionales titulados y Seguridad Social pública", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Administradores Sociales: inclusión en el Régimen General*, AL, nº 21, 1997.

- *Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el Sistema de Seguridad Social*, AL, nº 39, 1997.
- *El Sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto*, AL, nº 1, 1999.
- "Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.
- *Introducción al Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

I. BORRAJO INIESTA,

- "El *status* constitucional de los extranjeros", en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- "La libertad de circulación de los trabajadores en España", en AA.VV., *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho Comparado*, Madrid, 1998, pag. 63 y ss.

A.H. BÖRSCH-SUPAN y M. MIEGEL, *Pension reform in six countries. What can we learn from each other?*, Springer, Heidelberg, 2001.

J.M. BOTANA LÓPEZ, "Imposibilidad de la prestación y sobre las gratificaciones extraordinarias", REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

A. BOTELLA GIMÉNEZ, *La protección laboral de la familia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1994.

M. BROSETA PONS, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Tecnos, Madrid, 1991.

M. BOU VIDAL, *El contrato de trabajo de las mujeres*, Bosch, Barcelona, 1962.

A. BOUDAHRAIN, *Precariedad de la protección social de los trabajadores migrantes magrebinos*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 2000.

P. BOUREL,

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004.

D. BOUTELLET-PAQUET, *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, París, 2001.

G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux*, Droit Social, nº 1, 2001.

J.A. BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

A. BUBNOV-ŠKOBERNE, "Organization of social security systems in Slovenia", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

N. DE BUEN, *La decadencia del Derecho del Trabajo*, Editorial Porrúa, México D.F., 2001.

B. BURDÍO ROMEO,

- J.J. DE VAL ARNAL, B. BURDÍO ROMEO y J.A. CARRIZOSA VICENTE, *Una nueva integración en el Régimen General de la Seguridad Social: los empleados de notarías, y un problema: el haber de cesantía y la prestación por desempleo*, Tribuna Social, nº 68-69, 1996.

M.A. BURGOS GINER, *MUNPAL. Rescate de seguro de vida. Requisitos. Consecuencias de la integración en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, Tomo III, 2001.

A. BUYLLA, *La cuestión obrera y las leyes*, Revista de legislación y jurisprudencia, nº 2, 1892.

J. CABEZA PEREIRO,

- *La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea*, DL, nº 63, 2000.

- *Convergencia entre regímenes de Seguridad Social*, TL, nº 66, 2002.

- G. DIÉGUEZ CUERVO y J. CABEZA PEREIRO, *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- "El nuevo régimen jurídico del desempleo", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- J.F. LOUSADA AROCHENA y J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares*, AS, nº 7-8, 2004.

J.L. CABEZAS ESTEBAN,

- *Subsidio de desempleo de los trabajadores agrícolas eventuales*, REDT, nº 29, 1987.

- *Reflexiones sobre el Seguro Escolar*, REDT, nº 37, 1989

- *Pensiones no contributivas y prisión*, REDT, nº 108, 2001.

J. CABRERA BAZÁN,

- *El contrato de trabajo deportivo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

- *Ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966.

- "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

- *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, AKAL, Madrid, 1981.

P. CACHÓN VILLAR, "Las uniones de hecho en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social", en AA.VV., *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, CGPJ, Madrid, 1998.

D.M. CAIRÓS BARRETO,

- "La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

- *Contratos de mediación laboral y de agencia mercantil*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

A.L. CALVO CARAVACA,

- A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003.

C. CALVO RAMÍREZ, *Régimen de Clases Pasivas de los Funcionarios Públicos*, RSS, nº 37, 1988.

L. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998.

A. CÁMARA BOTÍA,

- A. MONTOYA MELGAR, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y A. CÁMARA BOTÍA, *Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

- A. CÁMARA BOTÍA y J. GIL PLANA, *El RETA: Génesis, evolución y perspectivas*, DL, nº 69, 2003.

- *Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil*, REDT, nº 122, 2004.

I. CAMÓS VICTORIA,

- "La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

- "El reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social de los extranjeros en España tras la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- *Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar*, RL, nº 12, 2004.

L.M. CAMPS RUIZ, *Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios*, RISS, nº 4, 1972.

A. CANALES GIL, *El sistema español de clases pasivas del estado*, CEDECS, Barcelona, 1996.

M. CANDELA SORIANO,

- R. BLANPAIN y M. CANDELA SORIANO, *El caso Bosman. ¿El fin de la era de los traspasos?*, Civitas, Madrid, 1997.

Y. CANO GALÁN,

- A.V. SEMPERE NAVARRO y Y. CANO GALÁN, *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario*, AS, nº 19, 2001.

- *Denegación de alta en la Seguridad Social a trabajador minusválido por ausencia de autorización administrativa para ejercicio de la actividad empresarial*, AS, nº 12, 2001.

M. CANOSA RODRIGO, *Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995.

J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO,

- J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO (Coord.), *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria*, CES, Madrid, 2003.

J. CARABIAS, *Situación jurídico-social de los profesionales del fútbol*, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951.

J.L. CARCELLER,

- J.L. CARCELLER y J.M. GUERRERO, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, Hurtman-Covacho, Madrid, 1981.

M. CARDENAL CARRO,

Universidad de Murcia, 1996.

- *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, n° 2, 1998.

- *Extranjero «ilegal» y ámbito de cobertura de la Seguridad Social*, AS, «Cruyff», RL, Tomo II, 1998.

- *La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I) y (II)*, en AS, n° 16 y 17, 1999.

- M. CARDENAL CARRO y A. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Artículo 7” y “Disposición Adicional 3ª”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.

- *El nuevo «Pacto de Toledo»*, AS, n° 13, 2003.

- B. FERNÁNDEZ COLLADOS y M. CARDENAL CARRO, “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en A. PALOMAR OLMEDA (Coord.), *Tratado de extranjería*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

G. CARDONI, “*Il regime previdenziale dei lavoratori extracomunitari*”, en R. PESSI, *La riforma del sistema previdenziale*, CEDAM, Pádova, 1995.

F. CARMONA POZAS, *La suspensión del contrato de trabajo por cumplimiento del servicio militar, obligatorio o voluntario, o servicio social sustitutivo*, REDT, n° 7, 1981.

J. CARRASCO BELINCHÓN, “El Régimen de Seguridad Social de los empleados y obreros al servicio del Estado”, en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Volumen 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

D. CARRASCOSA BERMEJO, *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ,

- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1993.

- A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Cuarta Edición, Comares, Granada, 2003.

- “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2003.

X.M. CARRIL VÁZQUEZ,

- *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999.

- “Sobre la problemática planteada para la inclusión de deportistas profesionales en la Seguridad Social”, en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley, Madrid, 1999.

- *Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia*, REDT, n° 108, 2001.

- J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2005.

L.F. CARRILLO POZO, *Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. A propósito de la STC 33/2002, de 11 de febrero*, AS, Tomo V, 2003.

J.A. CARRIZOSA VICENTE,

- J.J. DE VAL ARNAL, B. BURDÍO ROMEO y J.A. CARRIZOSA VICENTE, *Una nueva integración en el Régimen General de la Seguridad Social: los empleados de notarias, y un problema: el haber de cesantía y la prestación por desempleo*, Tribuna Social, nº 68-69, 1996.

D. CASADO MARÍN,

- D. CASADO MARÍN y G. LÓPEZ I CASANOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación "la Caixa", Barcelona, 2001.

M.E. CASAS BAAMONDE,

- *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

- "Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios", en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

- *Ley aplicable al contrato de trabajo y principio de la autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma*, RL, Tomo II, 1993.

- *Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma*, RL, Tomo I, 1994.

- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El reconocimiento de los derechos sociales en la UE*, RL, nº 12, 1995.

- "Empleo y protección social en Europa. ¿Qué lugar para los extranjeros?", en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2000.

- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 2000.

- "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Vigésima Edición, Civitas, Madrid, 2002.

J. CASTÁN TOBEÑAS, *La Seguridad Social y su actual perspectiva*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 1966.

F.A. CASTILLO BLANCO, *Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público*, REDA, nº 86, 1995.

M.V. CASTILLO DAUDÍ, *El régimen jurídico del personal al servicio de las embajadas españolas en el extranjero*, RPS, nº 91, 1971.

J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ,

- *La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores*, RPS, nº 121, 1971.

- *Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998*, RL, nº 6, 1998.

- "Los trabajos de colaboración social", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- "Artículo 205", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

M.A. CASTRO ARGÜELLES,

- *Normas internacionales y norma constitucional. A propósito del trabajo de la mujer en las minas*, REDT, nº 63, 1994,.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, "Artículo 181", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- "La protección familiar el Sistema español de seguridad Social: un enfoque general", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio*, Parlamento y Constitución, nº 4, 2000.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?*, AS, Tomo V, 2000.

- *El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el «rito gitano»*, AS, nº 20, 2000.

- *Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza*, AL, nº 15, 2002.

- "Disposición Adicional 27ª", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.

- *La relación de trabajo de los subagentes de seguros: criterios de aplicación y aplicación temporal de los mismos*, AS, nº 20, 2003.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación*, AS, nº 21, 2004.

- *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos, Ius Canonicum*, nº 87, 2004.

N. CATALA,

- N. CATALA y R. BONNET, *Droit Social Européen*, Litec, París, 1991.

F. CAVAS MARTÍNEZ,

- *La creación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Algunas "desavenencias" recientes entre el legislador y la jurisprudencia*, AS, nº 15, 1998.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- *El contenido socio-laboral de las leyes de presupuestos y de acompañamiento para el año 2000*, AS, nº 22, 2000.

- *Trabajo libre, trabajo digno: revisando viejas ideas a propósito de un reciente informe de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo*, AS, nº 6, 2001.

- F. CAVAS MARTÍNEZ y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

- *El Régimen Especial Agrario también se mueve*, AS, nº 6, 2003.

- *Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo*, AS, nº 14, 2004.

- *Las últimas reformas legales en el sistema público de pensiones*, AS, nº 10, 2005.

- F. CAVAS MARTÍNEZ y M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, "Los derechos socio-laborales de los extranjeros", en M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ (Coord.), *Derecho de extranjería*, Diego Martín Librero-Editor, Murcia, 2005.

L.M. CAZORLA PRIETO,

- *Deporte y Estado*, Labor, Barcelona, 1979.
- *Informe acerca de la consideración que en términos jurídicos debe merecer a la Federación Española de Baloncesto la huelga actualmente planteada por jugadores de baloncesto y todo ello en relación al llamamiento de alguno de ellos para formar parte de la selección española de baloncesto*, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 2, 1993.

B. CERDÁ RICHART,

- *Historia y doctrina del mutualismo*, Bosch, Barcelona, 1943.
- *Régimen jurídico, tributario y de previsión social de las sociedades cooperativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1960.

J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 2004.

CES,

- *Informe 8/96: La pobreza y la exclusión social en España*, CES, Madrid, 1997.
- *La protección social de las mujeres. Informe 4/2000*, CES, Madrid, 2000.

C. CHACARTEGUI JÁVEGA, "La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

P. CHARRO BAENA,

- C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991.
- *Trabajadores extranjeros "ilegales" y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el Sistema de Seguridad Social*, AS, nº 15, 1999.
- *Prestaciones no contributivas: alcance de los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Magreb*, RL, nº 14, 1999.
- *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Tribuna Social, nº 133, 2002.
- G. L. BARRIOS BAUDOR y P. CHARRO BAENA, "El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

G. CHIARRELLI, "La sicurezza sociale", en L. RIVA SANSEVERINO y G. MAZZONI, *Nuevo trattato di Diritto del Lavoro*, Volumen III, Cedam, Pádova, 1971.

A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del RETA*, AS, nº 10, 2001.

A. CHOZAS BERMÚDEZ, *Cien años del Instituto de Reformas Sociales*, Foro de Seguridad Social, nº 11, 2004.

M. CINELLI,

- *Diritto della Previdenza Sociale*, Segunda Edición, Giuffrè, Milán, 1994.

- "The problem of the social protection of atypical work within the European Community: The case of fixed-term work", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

R. CLARK, *Anotated guide to social welfare Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.

D. CLEOFÉ SÁNCHEZ, "Régimen Especial de Empleados del Hogar", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

I. CODÓN BARRIGÓN, "Personas mayores y acción social en el Derecho Europeo", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.

M. COLINA ROBLEDO,

- M. COLINA ROBLEDO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

- "La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito universal: la Organización Internacional de Trabajo". en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

F. DE COMPADRI,

- F. DE COMPADRI y P. GUALTIEROTTI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milán, 1992.

CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983.

CONSEJO DE EUROPA, "Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante", en AA.VV., *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, MTSS, Madrid, 1992.

L. COLLADO GARCÍA,

- *El extranjero y el derecho al trabajo*, AS, Tomo I, 1995.

- L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997.

A. CORDEN, *Los trabajadores independientes en el Reino Unido: ¿incluidos o excluidos?*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999.

L. CORDERO SAAVEDRA, *El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

E. CÓRDOVA, *Las relaciones de trabajo atípicas*, RL, Tomo I, 1986.

A. CORONEL VELÁZQUEZ, *Las medidas de Seguridad Social en el Ejército español*, RISS, nº 6, 1953.

P. COURSIER,

- *Travaux dirigés de Droit de la Sécurité Sociale*, Litec, París, 1994.

- M. MORAND y P. COURSIER, *Le contrat de travail solidaire*, Droit Social, nº 2, 2003.

M. CRESPO MACÍAS,

- J.A. PANIZO ROBLES y M. CRESPO MACÍAS, *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación*, RTSS (CEF), nº 202, 2000.

J. CRUZ VILLALÓN,

- “La libre circulación de trabajadores comunitarios en España durante el periodo transitorio”, en A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, MTSS, Madrid, 1987.

- “La dimensión social de la Unión Europea: surgimiento y evolución”, en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.

- “El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- J. CRUZ VILLALÓN y OTROS, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

A. CUBAS MORALES,

- *¿Continúa vigente el artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social?*, RTSS, nº 11, 1993.

- *El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 12, 1993.

- *Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar*, Tribuna Social, nº 42, 1994.

- *A propósito de la Seguridad Social de los extranjeros*, Tribuna Social, nº 50, 1995.

- *Por un nuevo régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: cuatro bases y una cuestión de principios*, RTSS, nº 20, 1995.

- *El campo de aplicación y la estructura del Sistema en la nueva Ley General de la Seguridad Social. Presente y futuro de los Regímenes Especiales*, Tribuna Social, nº 56-57, 1995.

J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario*, CGPJ, Madrid, 1996.

J. CUESTA BUSTILLO, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, MTSS, Madrid, 1988.

J. CUEVAS GALLEGO,

- C. MOLINA NAVARRETE y J. CUEVAS GALLEGO, *Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del RDL 5/2002, de 24 de mayo*, RTSS (CEF), nº 232, 2002.

- I. VILLAR CAÑADA y J. CUEVAS GALLEGO, “Las reformas de la Ley de Seguridad Social para el fin de la legislatura: comentario a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, a la Ley PGE (Ley 61/2003) y a la Ley 62/2003, MFAOS”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

R. CURIEL CUETO,

- J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ y R. CURIEL CUETO, *Aspectos técnicos de la extensión del seguro social al campo*, RISS, nº 2, 1952.

O. CZÚCZ, “Social effects of rapid economic and social transformation and methods for the early recognition of social tensions-The case of Hungary”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN,

The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M. DALY, *El trabajo asistencial. En busca de seguridad*, MTAS, Madrid, 2003.

E. DATO, *Leyes protectoras del trabajo*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 114, 1909.

J. DELGADO RUIZ, *Reflexiones en torno al establecimiento del nuevo seguro de dependencia*, RGDTS (iustel), nº 7, www.iustel.com.

A. DESDENTADO BONETE,

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979.

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, "Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978 (Las relaciones laborales y la Seguridad Social)", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- *La estructura del Sistema español de Seguridad Social: entre el clientelismo y la irracionalidad*, RSS, nº 14, 1982.

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985.

- A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina en 1997. Problemas y soluciones*, RL, nº 9, 1988.

- "Las pensiones no contributivas en el marco constitucional", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.

- *La nostalgia del Sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de Protección Social»*, RL, Tomo I, 1996.

- A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicio para sociedades capitalistas. Un examen de la Disposición Adicional 43ª de la Ley 66/1997*, RDS, nº 2, 1998.

- *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial, nº 55.

- "Artículo 115", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- *El Sistema normativo de la Seguridad Social*, RDS, nº 18, 2002.

- A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados*, Poder Judicial, nº 64.

- A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, "La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002", en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

- A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

- A. DESDENTADO BONETE, C. MARTÍNEZ MORENO e I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La doctrina constitucional sobre Seguridad social y proceso social en el año 2003 (II)*, Poder Judicial, nº 73, 2004.

- *Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social, Teoría y práctica (I)*, AL, Tomo I, 2004.

- *Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia*, Justicia Laboral, nº 21, 2005.

E. DESDENTADO DAROCA

- A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

M.T. DÍAZ AZNARTE,

- *Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena*, AL, nº 43, 2001.

- *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003.

- *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, AL, nº 12, 2005.

C.M. DÍAZ BARRADO, "La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa"; en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996.

M.C. DÍAZ DESCALZO, *El RETA y los agentes y subagentes de seguros*, RDS, nº 12, 2000.

A. DÍAZ MÉNDEZ, *Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio*, AL, nº 12, 2001.

J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del procedimiento de selección*, AL, nº 3 y 4, 2002.

C. DE DIEGO-LORA, *Régimen jurídico de los profesores de religión en los centros públicos de enseñanza*, AL, nº 48, 1989.

G. DIÉGUEZ CUERVO,

- *La autorización marital para el trabajo en Derecho español*, RPS, nº 63, 1964.

- *Asistencia Social*, RPS, nº 92, 1971.

- *Derechos humanos en el orden laboral y social*, REDT, nº 53, 1992.

- *Términos contradictorios en el aseguramiento social de los administradores y «socios» de las sociedades de capital*, RL, nº 2, 2002.

- G. DIÉGUEZ CUERVO y J. CABEZA PEREIRO, *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 2003.

L. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, *Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades*, AL, nº 18, 1993.

L. DÍEZ-PICAZO,

- L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2001.

I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ,

- A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley Penal)*, Colex, Madrid, 1990.

M.J. DOLZ LAGO,

- *El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas*, RSS, nº 10, 1981.

- *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- J.I. GARCÍA NINET y M.J. DOLZ LAGO, "Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

K. A. DUBIN, *La protección de la dependencia en los Estados Unidos*, RL, nº 17-18, 2004.

L.J. DUEÑAS HERRERO, *La dimensión de la Seguridad Social en la Unión Europea y delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación*, RTSS, nº 21, 1996.

J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, "Las mutualidades de previsión social", en AA.VV, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Mapfre, Madrid, 1997.

J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Decimocuarta Edición, Dalloz, 2001.

A. DURÁN HERAS,

- *Trabajo femenino contra salario al ama de casa*, Revista de Trabajo, nº 53, 1976.

- *Personas con escasos recursos y protección social*, RTSS, nº 9, 1993.

F. DURÁN LÓPEZ,

- F. DURÁN LÓPEZ, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Evolución del Derecho de la Seguridad Social*, en Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.

- *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, RL, nº 10, 1985.

- "La libre circulación de trabajadores", en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, MTSS, Madrid, 1987.

- *El período de prueba: Voz para una enciclopedia*, RL, nº 12, 1988.

- *Las «plazas vinculadas» de los hospitales universitarios*, RL, Tomo II, 1990.

- *El Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

- *Ejercicio de la abogacía y relación laboral*, RL, Tomo II, 2002.

P. DURAND, *La política contemporánea de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.

I. DURÉNDEZ SAEZ, *Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España*, REDT, nº 120, 2003.

P.G. EDEBALK,

- P.G. EDEBALK y A. ELMÉR, "Social insurance in Sweden", en L. SÖDERSTRÖM (Ed.), *Social insurance*, Elsevier Science Publishers, 1983.

A. ELÍAS ORTEGA,

- *Comentario sobre el mandato al gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados*, AS, nº 21, 2000.

- *Prestación de desempleo: no exigencia a extranjero preso del requisito de residencia legal, mientras tenga que permanecer en España en situación de libertad condicional*, AS, nº 22, 2001.

A. ELMÉR,

- P.G. EDEBALK y A. ELMÉR, "Social insurance in Sweden", en L. SÖDERSTRÖM (Ed.), *Social insurance*, Elsevier Science Publishers, 1983.

A. ELORZA,

- M.C. IGLESIAS y A. ELORZA, *La fundación de la Comisión de Reformas Sociales*, Revista de Trabajo, nº 1, 1969.

E. ERRANDONEA ULAZIA, *Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el Régimen General*, Tribuna Social, nº 75, 1997.

J. ESCOBAR JIMÉNEZ,

- *Trabajadores agrícolas y Seguridad Social agraria*, Ibidem, Madrid, 1996.

- "La flexibilización del mercado de trabajo en la protección social. Especial referencia sobre los contratos de aprendizaje y a tiempo parcial marginales: algunas reflexiones sobre su posible inconstitucionalidad", en A. BAYLOS GRAU (Coord.), *La reforma laboral de 1994*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

- *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Segunda Edición, Ibidem, Madrid, 1998.

J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ,

- M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, Justicia Laboral, nº 14, 2003.

- *El trabajo en beneficio de la comunidad. Perspectivas jurídico-laborales*, REDT, nº 121, 2004.

- M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, "Trabajo de voluntariado", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.

F. ESCRIBANO MORA,

- F. ESCRIBANO MORA (Coord.), *El proceso civil. Volumen III. Libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

R. ESCUDERO RODRÍGUEZ,

- *El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de Seguridad Social*, RL, nº 23, 1988.

- *Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones No Contributivas de la Seguridad Social. Diciembre 1990 (I)*, RL, nº 4, 1991.
- *El desarrollo reglamentario de la Ley de prestaciones no contributivas*, RL, nº 12, 1991.
- *Una reordenación, incompleta, del convenio especial en el Sistema de Seguridad Social*, RL, nº 22, 1991.
- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, *Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*, RL, nº 11, 1995.
- "Teletrabajo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

M. ESPÍN SÁEZ,

- M.A. LIMÓN LUQUE y M. ESPÍN SÁEZ, *La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo, ¿constituye despido?*, AS, nº 12, 2003.
- *El socio trabajador de sociedad laboral. Comentario al Laudo de 13 de mayo de 2003, emitido en Santander por María Antonia Gorrales Moreno*, RGDTSS (iustel), nº 4, www.iustel.com.

C. ESPLUGUES MOTA,

- C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

G. ESTEBAN DE LA ROSA,

- C. MOLINA NAVARRETE y G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Nuevo régimen jurídico de «extranjería» e «inmigración» en España: análisis y valoración de la reforma*, RTSS (CEF), nº 219, 2001.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, "Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

R. ESTEBAN LEGARRETA,

- "Comentario a algunos aspectos conflictivos de la renta mínima de inserción", en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- R. ESTEBAN LEGARRETA y A. ARQUED SANMARTÍN, *Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes*, AS, nº 12, 2001.
- "La renta activa de inserción: una perspectiva en evolución desde el fomento del empleo", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004

C. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid, 1998.

E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1986.

J. EUGENIO BLANCO,

- J. EUGENIO BLANCO y J.L.H. AVILÉS, *Mutualismo Laboral*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1957.
- *Antología del nacimiento de la previsión social española (1908-1910)*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1959.

- *La planificación de la Seguridad Social española desde 1957 a 1963*, Imprenta de José Luis Cosano, 1963.

- *La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España*, RPS, nº 59, 1963.

- *Identificación terminológica y características del sujeto protegido en la Ley de Bases de Seguridad Social*, RISS, nº 2, 1964.

A. EUZÉBY, *Prélèvements obligatoires et protection social: les pièges des comparaisons internationales*, Droit Social, nº 1, 2003.

C. EUZÉBY, “Aspectos económicos de las pensiones de vejez no contributivas”, en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.

G. FABREGAT MONFORT, *Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios*, AS, nº 11, 2001.

M. FAGOAGA, *Los estudiantes y la Seguridad Social*, Cuadernos de Política Social, nº 9, 1951.

A. FANLO LORAS, “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial”, en AA.VV., *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996.

J. FARGAS FERNÁNDEZ,

- *Familia de hecho y prestaciones de la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 117, 1992.

- *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002

FEDERACIÓN DE JÓVENES INVESTIGADORES, *La situación en España de los investigadores en fase inicial: un estudio comparativo con respecto a Europa*, puede consultarse en <http://www.precarios.org/docs.php3>.

M. FELDSTEIN,

- M. FELDSTEIN y H. SIEBERT, *Social Security pension reform in Europe*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002.

J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “Matrimonio civil: heterosexualidad jurídica o biológica (La posibilidad del transexual de contraer matrimonio con arreglo a su nuevo sexo jurídico”, en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS,

- *Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal «ad quem» y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo*, AS, nº 12, 2002.

- *Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo*, AS, nº 10, 2003.

- *Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000*, AS, Tomo V, 2003.

- B. FERNÁNDEZ COLLADOS y M. CARDENAL CARRO, “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en A. PALOMAR OLMEDA (Coord.), *Tratado de extranjería*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

- *Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del art. 36.3 LOE*, AS, nº 17, 2005.

- F. CAVAS MARTÍNEZ y M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, "Los derechos socio-laborales de los extranjeros", en M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ (Coord.), *Derecho de extranjería*, Diego Martín Librero-Editor, Murcia, 2005.

J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ,

- *¿Precontrato o contrato de trabajo? Una delimitación siempre difícil*, REDT, nº 95, 1999.

- *El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los Derechos y Libertades Fundamentales en el Ordenamiento Español y Europeo*, REDT, nº 110, 2002.

J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ,

- *Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales (y II)*, AL, nº 42, 1991.

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y nacionalización del Sistema de Seguridad Social)*, REDT, nº 81, 1997.

- *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 1999.

- *La necesaria reforma estructural del Sistema de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 116-117, 2000.

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Sobre la laborización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol*, REDT, nº 101, 2000.

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *De la suspensión de empleo y sueldo como causa ignorada en la normativa de Seguridad Social sobre alta y cotización: criterios del «vínculo» y de la «actividad» en una discutible labor integradora del Tribunal Supremo*, REDT, nº 114, 2002.

R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ,

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Sobre la laborización de la prestación de servicios de los árbitros de fútbol*, REDT, nº 101, 2000.

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *De la suspensión de empleo y sueldo como causa ignorada en la normativa de Seguridad Social sobre alta y cotización: criterios del «vínculo» y de la «actividad» en una discutible labor integradora del Tribunal Supremo*, REDT, nº 114, 2002.

- *La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión*, REDT, nº 109, 2002.

- "La reforma del subsidio de desempleo para emigrantes retornados", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- *La protección social de los abogados: ¿RETA o mutualidad del colegio profesional? (a propósito de la nulidad del art. 17.2.2.º RD 1430/2002, RTSS (CEF), nº 267, 2005.*

L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIII, Civitas, Madrid, 1992.

V. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ,

- "Régimen Especial de los Ferroviarios", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

- *La Seguridad Social y su futuro*, RSS, nº 15, 1982.

M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ,

- M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85*, RL, Tomo I, 1988.

- “Contrato de trabajo de extranjeros”, en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994.

- *Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, TL, nº 35, 1995.

O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ,

- “Rentas de Inserción, Seguridad Social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002.

- *Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el «trabajo formativo»*, TL, nº 74, 2004.

- *La relación laboral como ámbito de trabajo formativo*, REDT, nº 124, 2004.

- “Trabajo formativo”, en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.

R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *El régimen de la Seguridad Social de los administradores de sociedades de capital: un ejemplo de evolución jurisprudencial*, RMTAS, nº 9, 1998.

F.J. FERNÁNDEZ ORRICO,

- *Las pensiones no contributivas ante la Ley 24/1997*, RTSS (CEF), nº 194, 1999.

- *Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2001.

- *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002.

- *La protección social de los extranjeros en España*, AS, nº 21, 2002.

- *La consideración jurídica de las ayudas complementarias a las pensiones no contributivas, según la STC 239/2002, de 11 de diciembre de 2002, y según el proyectado art. 38.4 LGSS*, AS, Tomo IV, 2002.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, “Artículo 144”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.

- F. CAVAS MARTÍNEZ y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, “La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

- *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, MTAS, Madrid, 2004.

- “Régimen jurídico de la pensión de jubilación no contributiva”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Pensiones por jubilación o vejez*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

- *Hacia la igualdad de trato de los no nacionales de la Unión Europea en materia de Seguridad Social: el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

- *Análisis técnico de las prestaciones económicas reconocidas a españoles de origen desplazados al extranjero a causa de la Guerra Civil: Ley 3/2005, de 18 de marzo*, RL, nº 24, 2005.

J.E. FERNÁNDEZ PINÓS,

- J.E. FERNÁNDEZ PINÓS y C. DE FRUTOS GÓMEZ, *Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998.

F. FERNÁNDEZ PROL,

- *Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social*, RDS, nº 21, 2003.

- *Trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario: ¿Hacia la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos?*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 12, 2004.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS,

- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1996.

J.L. FERNÁNDEZ RUIZ,

- *La Seguridad Social de los altos cargos de las empresas*, RISS, nº 2, 1972.

- *Problemática de los cargos directivos de las empresas a la luz del Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, RISS, nº 6, 1975.

- J.L. FERNÁNDEZ RUIZ y M.A. MARTÍN REYES, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Tomo I, Cuarta Edición, Edersa, Madrid, 2003.

A.B. FERNÁNDEZ URRUTIA, *La Seguridad Social frente a la maternidad en situación de excedencia parental: reconocimiento de la prestación y determinación de la base reguladora*, AS, nº 10, 2003.

R. FERNÁNDEZ VILLARINO, *El alterne y la prostitución: la legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral*, TL, nº 74, 2004.

L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

L. FERNANDO SAURA, *Uniones libres y la configuración del nuevo derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

A. FERRANTE, *La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo*, AS, nº 4, 2005.

F. DE FERRARI, *Los principios de la Seguridad Social*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1972.

C. FERREIRO REGUEIRO, *Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo*, AS, Tomo V, 2003.

F. FERRERAS ALONSO,

- *El campo de aplicación del Sistema: profesionalidad versus universalidad*, Información Comercial Española, nº 630-631, 1986.

- *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» de 1985*, REDT, nº 25, 1986.

- *Los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social: los convenio bilaterales*, DL, nº 33, 1991.

- *Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa*, RL, Tomo I, 2001.

- *La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España (Síntesis)*, Tribunal Social, nº 137, 2002.

- *La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social española: de la realidad constitucional a la realidad diaria*, RL, nº 17, 2003.

- *La irrelevancia de las cuestiones sociales en al primera ampliación de la UE del Siglo XXI*, REDT, nº 122, 2004.

J.M. FIDALGO VELILLA, *El futuro del sistema público de pensiones en España. Una perspectiva viable*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, CARL, Sevilla, 2002.

L. FLOREK, "Evolution of Social Security in Poland", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M.C. FOBLETS, "Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?", en F. STRIJBOSCH y M.C. FOBLETS, *Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999.

N. FOLBRE,

- M.V.L. BADGETT y N. FOLBRE, *¿Quién cuida de los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 118, nº 3.

M.D. FONTES BASTOS, *Servicios domésticos prestados a religiosos por familiares*, REDT, nº 40, 1989.

O. FOTINOPOULOU BASURKO,

- J.P. LANDA ZAPIRAÍN y O. FOTINOPOULOU BASURKO, *Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE*, RL, Tomo I, 2000.

- *Consideraciones en torno al art. 1.4 ET. Acerca del sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado*, RMTAS, nº 52, 2004.

G. FRANÇOIS-DAINVILLE, *La prostitution et le droit de la Sécurité Sociale: la question de l'affiliation*, Droit Social, nº 9-10, 2005.

M. FRAGA IRIBARNE, *El trabajo de la mujer casada*, Cuadernos de Política Social, nº 53, 1962.

C. DE FRUTOS GÓMEZ,

- J.E. FERNÁNDEZ PINÓS y C. DE FRUTOS GÓMEZ, *Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998

F. FUENTES FERNÁNDEZ, *Las suspensiones de la relación de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado*, TL, nº 64, 2002.

M. DE LA FUENTE LAVÍN, *La Seguridad Social de los deportistas profesionales*, <http://www.iusport.es/opinion/mikel99.htm>.

M. FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

L. GAETA, *Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana*, DL, nº 49, 1996.

C. GALA DURÁN,

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "Administradores sociales, socios trabajadores y Seguridad Social: una difícil convivencia", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y socios trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, RL, nº 2, 1999.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, RL, nº 7-8, 2000.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro*, RL, Tomo I, 2001.

- "Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: Análisis de una nueva realidad", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- *Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, RL, nº 10, 2005.

C. GALA VALLEJO,

- *La Seguridad Social en España*, SIPS, Madrid, 1961.

- *Ideas y motivaciones para una política global de la tercera edad*, RSS, nº 15, 1982.

J.M. GALIANA MORENO,

- *Jerarquía normativa y reducción ilegal del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (un estudio de la inclusión del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Notarías y otras oficinas similares)*, RPS, nº 104, 1974.

- *Sobre la naturaleza laboral de la relación que vincula a los notarios con sus empleados*, RL, Tomo I, 1986.

- *Notas para el estudio del art. 1.4. ET*, AL, nº 39, 1987.

- *El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht*, REDT, nº 50, 1993.

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.

- *Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam*, REDT, nº 88, 1998.

- *Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005.

- "Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general", en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005.

A. GALLEGO MORALES, "Artículo 144", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

J. GALLEGO RECIO, *Régimen del trabajo y seguridad social agraria*, Anaya, Madrid, 1966.

J. GÁRATE CASTRO,

- *Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad*, RPS, nº 131, 1981.
- *Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo*, DL, nº 34, 1991

J. GARCÉS FERRER,

- A. GUTIÉRREZ RESA y J. GARCÉS FERRER (Coord.), *Los servicios sociales en las Comunidades y Ciudades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

A. GARCÉS SANAGUSTÍN, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996.

J. GARCÍA ABELLÁN,

- *Las situaciones familiares anómalas y el Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 136, 1982.
- *El contrato de aparcería laboral agraria*, REDT, nº 20, 1984.

M. GARCÍA ARÁN,

- F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

G. GARCÍA BECEDAS, *La reforma del Régimen Especial Agrario de Seguridad Social*, RTSS, nº 3, 1991.

J. GARCÍA BLASCO, *Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales*, RL, nº 8, 1990.

C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA,

- "La protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en las normas internacionales de ámbito regional: el Consejo de Europa", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.
- *La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español*, Foro de Seguridad Social, nº 2, 2000.
- "El Derecho Europeo y la Seguridad Social de las personas de edad", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.
- "La incidencia en España de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la aplicación del Reglamento CEE 1408/71", en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003.

M.A. GARCÍA HERRERA,

- G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999.

R. GARCÍA MACHO, “El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución española”, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

J. GARCÍA MURCIA,

- “Los programas de empleo comunitario en España: Evolución normativa y conexión con los trabajos de colaboración social”, en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

- “El derecho a la promoción y la formación profesional en el trabajo”, en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (arts. 19 a 25), Madrid, 1985.

- *La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo*, TL, nº 8, 1986.

- *El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente*, RL, Tomo I, 1989.

- *Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 31, 1991.

- “Formación y ordenación actual de la Seguridad Social española”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, nº 3, 1995.

- “El espacio de las pensiones privadas”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, “Artículo 181”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio*, Parlamento y Constitución, nº 4, 2000.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?*, AS, Tomo V, 2000.

- *El requisito de alta en la Seguridad Social y su interpretación flexible por parte de la jurisprudencia*, AL, nº 2, 2002.

- *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, Tribuna Social, nº 133, 2002.

- “Desempleo agrícola y renta activa de inserción”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.), *La Ley 45/2003 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

- *Sobre la entrada y permanencia en España de ciudadanos comunitarios*, RGDTSS (iustel), nº 3, www.iustel.com.

- *La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho interno: A propósito del RD 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios*, AS, nº 10, 2003.

- “Desempleo”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- J. GARCÍA MURCIA y M.A. CASTRO ARGÜELLES, *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: una presentación*, AS, nº 21, 2004.

- *Del salario mínimo al IPREM: el nuevo indicador para las prestaciones y ayudas sociales*, RL, Tomo II, 2004.

- A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

- *La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente*, REDT, nº 126, 2005.

J.I. GARCÍA NINET,

- *La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social*, RSS, nº 9, 1981.

- *Régimen jurídico del personal voluntario*, RSS, nº 18, 1983.

- *La asimilación al alta en virtud de convenio especial con el INSS. Tipología y régimen jurídico*, Revista de Derecho Público, nº 94, 1984.

- J. GARCÍA ORTEGA y J.I. GARCÍA NINET, *La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social*, Revista de Treball, nº 15, 1991.

nº 140-141, 2002.

- *Familia: trabajo y Seguridad Social. Breves consideraciones*, Tribuna Social,

155, 2003.

- *Sobre el presunto Estatuto del Becario de Investigación*, Temas Laborales, nº
- J.I. GARCÍA NINET y M.J. DOLZ LAGO, "Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- *Carta abierta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales sobre la urgencia del seguro de dependencia*, Tribuna Social, nº 163, 2004.

F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO,

- *La obligación de mantener en alta al trabajador y cotizar en los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias*, AS, nº 11, 2001.

- *Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?*, RMTAS, nº 34, 2002.

J. GARCÍA ORTEGA,

- *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990.

- J. GARCÍA ORTEGA y J.I. GARCÍA NINET, *La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social*, Revista de Treball, nº 15, 1991.

I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,

- *La naturaleza laboral de la relación de los notarios y sus empleados; la nueva y positiva jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Trabajo, nº 82, 1986.

- *Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*, RL, Tomo II, 1992.

- *¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 3, 2003

- I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales*, Justicia Laboral, nº 16, 2003.

- I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, "Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- "Antecedentes normativos y aparición del Sistema de Seguridad Social en España. La Constitución Española", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

M. GARCÍA PIQUERAS,

- *El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo*, RL, nº 11, 1996.

- *En las fronteras del derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1999.

M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Equiparación de las parejas de hecho heterosexuales al matrimonio, y equiparación de las parejas homosexuales a las de hecho heterosexuales*, AS, Tomo III, 1998.

I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991.

B. GARCÍA ROMERO,

- "Las prestaciones sociales: criterios de delimitación", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.
- *La protección familiar en el Sistema español de Seguridad Social*, AS, nº 14, 2000.
- *La protección jurídico-laboral de los menores*, AS, nº 10, 2001.

M.A. GARCÍA RUBIO, *Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados*, RTSS, nº 21, 1996.

D.I. GARCÍA SAN JOSÉ,

- T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos sociales y sindicales en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico*, RTSS (CEF), nº 228, 2002.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

E. GARCÍA SÁNCHEZ,

- C. HERMIDA y E. GARCÍA SÁNCHEZ, *El Retiro Obrero Obligatorio en España: génesis y desarrollo (1917-1931)*, Estudios de Historia Social, nº 14, 1980.

E.A. GARCÍA SILVERO,

- *El RD 782/2001, de 6 de julio, como nuevo marco legal en la relación laboral de los penados*, AS, Tomo V, 2001.
- *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RL, nº 15-16, 2002.
- A. ARIAS DOMÍNGUEZ, E.A. GARCÍA SILVERO y F.J. HIERRO HIERRO, "La protección por desempleo de los trabajadores agrarios de carácter eventual de Andalucía y Extremadura" y "La protección social de los deportistas", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

E. GARCÍA TOMÁS, *Algunas de las pocas reformas que propone el Acuerdo pueden y deben ser mejoradas*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

M.D. GARCÍA VALVERDE,

- *Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial*, DL, nº 45, 1995.
- *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000.
- *El trabajo de los menores y su protección*, RTSS (CEF), nº 204, 2000.
- *Naturaleza jurídica de la relación que une al «supuesto becario» con la universidad*, AS, nº 12, 2005.

J. GARCÍA VIÑA,

- *Estudio de la renta activa de inserción en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad*, Tribuna Social, nº 150, 2003.
- *La responsabilidad laboral de los administradores sociales*, RGDTSS (iustel), nº 3, www.iustel.com.

L. GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, EDERSA, Madrid, 1992.

E. GARRIDO PÉREZ,

- “La noción de trabajador beneficiario de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de seguridad social”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- *La pensión de jubilación de los trabajadores migrantes españoles*, Bomarzo, Albacete, 2005.

A. GARRIGUES GIMÉNEZ,

- I. BALLESTER PASTOR y A. GARRIGUES GIMÉNEZ, “Invalidez permanente no contributiva”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

B. GAUTHÉ, “Seguridad Social para el sector no estructurado en Benin”, en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

P. GETE CASTRILLO,

- *Informe sobre régimen de Seguridad Social aplicable al personal laboral de las cooperativas del campo dedicadas a la manipulación y envasado de la naranja*, RL, nº 1, 1986.

- *Informe sobre las comunidades de bienes y la Seguridad Social*, RL, nº 1, 1986.

- *Breve reflexión sobre la problemática del encuadramiento en la Seguridad Social de las Sociedades Agrarias de Transformación*, RL, nº 19, 1987.

- *El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas*, RL, Tomo 1, 2003.

M.T. GIL BAZO, “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.

J.L. GIL Y GIL,

- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.M. DEL VALLE VILLAR, J.L. GIL Y GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 2003.

- J.L. GIL Y GIL y T. USHAKOVA, *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RL, nº 8, 2003.

J. GIL PLANA,

- A. CÁMARA BOTÍA y J. GIL PLANA, *El RETA: Génesis, evolución y perspectivas*, DL, nº 69, 2003.

L. GIL SUÁREZ, “Validez e invalidez del contrato de trabajo”, REDT, nº 100, Tomo 1, 2000.

J. GILISSEN, “*Le statut des étrangers, à la lumière de l’histoire comparative*”, en AA.VV., *L’étranger (Première partie)*, Decian et Tolra, París, 1984.

C. GILLION,

- C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002.

E. GIMÉNEZ CHORNET, *Los convenios de la OIT ratificados por España*, REDT, nº 94, 1999.

A. GIULIANO, *Los instrumentos internacionales de Seguridad Social y la OIT*, Revista de Seguridad Social, nº 42, 1989.

J.M. GOERLICH PESET,

- *La relación de trabajo de los empleados de notarías*, EDERSA, Madrid, 1987.

- *Los médicos residentes: un supuesto «especial» de contrato de trabajo en prácticas*, REDT, nº 45, 1991.

A.P. GOLLOT, *Droit Social et protection social des expatriés dans la CEE*, Dalloz, París, 1993.

F.J. GÓMEZ ABELLEIRA,

- *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Civitas, Madrid, 1997.

- *¿El Derecho del Trabajo cotiza a la baja?: una importante decisión norteamericana sobre Derecho del Trabajo e inmigración ilegal*, RL, nº 17, 2002.

- "Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y M.G. QUINTERO LIMA, *La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países*, RL, nº 12, 2004.

- *Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar*, RL, nº 12, 2004.

R. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *Régimen Agropecuario de Seguridad Social. Con especial referencia al Seguro de Vejez*, Revista de Política Social, nº 22, 1954.

T. GÓMEZ ÁLVAREZ,

- T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos sociales y sindicales en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico*, RTSS (CEF), nº 228, 2002.

M. GÓMEZ JENE,

- A.P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, *De nuevo sobre la alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento laboral*, REDT, nº 126, 2005.

P. GÓMEZ CABALLERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

F. GÓMEZ FERREIRO, "Líneas actuales de política general en materia de Seguridad Social", en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000.

M.J. GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, “La renta agraria como nueva forma de protección social por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004

J.M. GÓMEZ MUÑOZ,

- J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea” y “Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea”, en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.

C. GONZÁLEZ BEILFUS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Regímenes especiales de Seguridad Social y principio de igualdad: Régimen Especial de Autónomos e invalidez”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003.

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS,

- J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Sexta Edición, Eurolex, Madrid, 1995.

J. GONZÁLEZ CALVET, *Actos de encuadramiento y prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros irregulares con la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre*, comunicación presentada a las XV Jornadas Catalanas de Derecho Social, celebradas en Barcelona el 11/12 de enero de 2004, y publicada en <http://www.upf.edu/dret/treball/jornades/ponen.htm>.

F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

S. GONZÁLEZ ORTEGA,

- “Comentario a la STCT de 11-7-1977 (Ar. 4114)”, RPS, nº 120, 1978.

- “El trabajo temporal de colaboración social”, en F. DURÁN LÓPEZ, *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.

- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERER y S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

- M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1988.

- M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 1988.

- *Derecho a la prestación de desempleo de los miembros de las corporaciones locales*, RL, Tomo I, 1988.

- “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

- “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996.

- “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación*

de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999.

- "Presentación" y "Las prestaciones a favor de otros familiares", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

- "La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.

- *Cuestiones actuales (y no tanto) del Derecho del Trabajo*, TL, nº 64, 2002.

- "Garantía de los recursos mínimos de subsistencia y renta activa de inserción en la Comunidad Autónoma Andaluza", en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

- *La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo*, RL, Tomo I, 2003.

- *Presentación y La protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004.

- "Comentario a la ponencia de M.R. Alarcón sobre «Los principios jurídicos de la Seguridad Social»", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

R.M. GONZÁLEZ DE PATTO, *El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laboralización del socio trabajador*, TL, nº 53, 2000.

C. GONZÁLEZ POSADA, *Los seguros sociales obligatorios en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Tercera Edición, Madrid, 1949.

M.C. GONZÁLEZ RABANAL, *La crisis de la Seguridad Social*, RPS, nº 148, 1985.

H. GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nuevas orientaciones del Derecho. Cuestiones y leyes sociales contemporáneas, con especial aplicación a España*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 102, 1903.

I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ,

- *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- *El trabajo a tiempo parcial en el Derecho Comunitario: la Directiva 97/81/CE*, AL, nº 31, 1998

- *Los problemas de encuadramiento en el RETA: algunos ejemplos en la jurisprudencia reciente*, AL, nº 47-48, 2002.

- A. DESDENTADO BONETE, C. MARTÍNEZ MORENO e I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La doctrina constitucional sobre Seguridad social y proceso social en el año 2003 (II)*, Poder Judicial, nº 73, 2004.

- "Trabajo en cooperativas y sociedades de trabajo", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.

- I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Trabajo asociado (y, en particular, trabajo familiar)", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.

J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO,

- M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ y J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO, *La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, nº 3, 2003.

M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL,

- L. MARTÍN-GRANIZO y M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, *Derecho Social*, Editorial Reus, Madrid, 1932.

J.J. GONZÁLEZ RUS, “Delitos contra las relaciones familiares”, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

J.J. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “La actividad laboral en España de los artistas no comunitarios en espectáculos públicos”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ,

- *Los ministros de culto en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

- M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ y J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO, *La inclusión de los ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España en el Régimen General de la Seguridad Social*, AS, nº 3, 2003.

E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ,

- *La política de protección a la familia en España*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.

- *Principales repercusiones sobre la Seguridad Social del ingreso de España en las Comunidades Europeas*, RSS, nº 31, 1986.

B. GONZALO GONZÁLEZ,

- “Prólogo”, en CONFEDERACIÓN NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL, *Un nuevo Sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, MTSS, Madrid, 1983.

- *La superación de los límites subjetivos de la Seguridad Social: las garantías de protección social de los no asegurables*, Información Comercial Española, nº 630-631, 1986.

- *La influencia en la legislación española de los instrumentos internacionales sobre Seguridad Social del Consejo de Europa*, RL, nº 12, 1991.

- “Las pensiones no contributivas en Europa”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

- *Acerca del «régimen general» de Seguridad Social de los trabajadores independientes o autónomos*, RTSS, nº 9, 1993.

- *La Seguridad Social de las mujeres en España: problemas de desigualdad formal y de injusticia material*, Tribuna Social, nº 48, 1994.

- *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.

- B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, RMTAS, nº 2, 1997.

- *Familia y Seguridad Social hoy en España*, Tribuna Social, nº 90, 1998.

- "Excepciones al principio de igualdad en los reglamentos comunitarios de Seguridad Social", en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999.

- *La renovación del «Pacto de Toledo» y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuestas para la reforma de la viudedad*, RL, nº 19, 1999.

- J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000.

- B. GONZALO GONZÁLEZ y L. LÓPEZ CUMBRE, "Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el Sistema de Seguridad Social", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- *La protección social: perspectiva histórico-crítica*, Foro de Seguridad Social, nº 3, 2001.

- B. GONZALO GONZÁLEZ y B. SUÁREZ CORUJO, *La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad*, RL, nº 13, 2004.

J.M. GOÑI MORENO, *Derecho de la Previsión Social*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1956.

J.L. GOÑI SEÍN,

- *Las becas y el encubrimiento de contratos laborales*, REDT, nº 14, 1983.

- *La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas*, RL, Tomo II, 1986.

N. GOÑI URRIZA, *La ley rectora del contrato de trabajo internacional*, AS, Tomo II, 1999.

G. GORDON,

- M. GRAY, N. HODSON y G. GORDON, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995.

M.S. GORDON, *La política de Seguridad Social en los países industrializados*, MTSS, Madrid, 1990.

J. GORELLI HERNÁNDEZ,

- *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- I. MARÍN ALONSO y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

- J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, "La protección de Seguridad Social a los alógenos", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.

- M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social Séptima Edición*, Tecnos, Madrid, 2005.

G. GRACIA ALEGRÍA, *Análisis de la regulación del colectivo de religiosos y sacerdotes secularizados en relación con la reciente Sentencia 88/2005 del Tribunal Constitucional*, Tribuna Social, nº 176-177, 2005.

M. GRAY,

- M. GRAY, N. HODSON y G. GORDON, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995.

P. GUALTIEROTTI,

- F. DE COMPADRI y P. GUALTIEROTTI, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Giuffrè, Milán, 1992.

A. GUARDIOLA LOZANO, *La Ley de 2 de agosto de 1984 sobre ordenación del seguro privado: una nueva etapa del mutualismo de previsión social*, Revista Española de Seguros, nº 41, 1985.

J.M. GUERRERO OSTOLAZA,

- J.L. CARCELLER y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, Hurtman-Covacho, Madrid, 1981.

- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.

- *Naturaleza jurídica de la relación de servicios prestada por los árbitros de fútbol*, <http://www.iusport.es/opinion/guerrero99.htm>.

A. GUGGENBÜHL y S. LECLERC, *Droit Social Européen des travailleurs salariés & indépendants*, Bruylant, Bruselas, 1995.

S. GUHAN, *Opciones de los países en desarrollo en materia de Seguridad Social*, Revista Internacional del Trabajo, Volumen 113, nº 1, 1994.

J. GUTIÁN OLMEDILLA, *La capacidad contractual del menor emancipado como empresario laboral*, DL, nº 47, 1995.

A. GULLÓN BALLESTEROS,

- L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2001.

J.L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la Iglesia Católica*, Tomo IV, RAYCAR, Madrid, 1971.

A. GUTIÉRREZ RESA,

- A. GUTIÉRREZ RESA y J. GARCÉS FERRER (Coord.), *Los servicios sociales en las Comunidades y Ciudades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO,

- *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- *El «autónomo económicamente dependiente»: problemática y método*, AS, Tomo V, 2002.

- "La distinción de lógicas de las políticas de inmigración y asilo y las autorizaciones para trabajar", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

F. HAFFNER, "Overall economic conditions for Social Security Sistemas in central eastern and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000.

A. HATLAND, "Pensiones no contributivas", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.

K. HELLSTEN,

- K. HELLSTEN, L. KALLIOMAA-PUHA, M. KOMU y M. SAKSLIN, *Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia*, RL, nº 17-18, 2004.

P. HENNESSY, *El creciente riesgo de la dependencia en la vejez: ¿qué papel aguara a las familias y a la Seguridad Social?*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1997.

C. HEREDIA,

- J.G. NAVARRO FLORIA y C. HEREDIA, *Régimen jurídico de los religiosos y de los institutos de vida consagrada*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.

C. HERMIDA,

- C. HERMIDA y E. GARCÍA SÁNCHEZ, *El Retiro Obrero Obligatorio en España: génesis y desarrollo (1917-1931)*, Estudios de Historia Social, nº 14, 1980.

M. HERNÁINZ MÁRQUEZ,

- *Derecho comparado y acción internacional sobre el servicio doméstico*, RISS, nº 3, 1959.

- *Directrices cristianas para una ordenación agraria*, Revista de Trabajo, 1961.

M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *La ordenación sanitaria en España*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

D. HERNÁNDEZ MARTÍN, "Contrato de trabajo de los futbolistas", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.

A. HERNANDO DE LARRAMENDI, *Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, RL, nº 21, 2003.

T.K. HERVEY, "Social Security: the European Union Dimension", en N. HARRIS, *Social Security Law in context*, Oxford University Press, New York, 2000.

F.J. HIERRO HIERRO,

- *La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia*, REDT, nº 116, 2003.

- A. ARIAS DOMÍNGUEZ, E.A. GARCÍA SILVERO y F.J. HIERRO HIERRO, "La protección por desempleo de los trabajadores agrarios de carácter eventual de Andalucía y Extremadura" y "La protección social de los deportistas", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- *Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado*, AS, nº 20, 2004.

- *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

N. HODSON,

- M. GRAY, N. HODSON y G. GORDON, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995.

S. HORTSMANN,

- W. SCHMÄLL y S. HORTSMANN (Ed.), *Transformation of pension systems in central and eastern Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002.

A. HU, *Reforma del Sistema de Seguridad Social de China: hechos y perspectivas*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 3, 1997.

X. HU, "Extensión de la cobertura de la protección de la Seguridad Social en China", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

L. HURTADO GONZÁLEZ,

- *Asistencia social y Seguridad Social: sus fronteras actuales*, AL, nº 25, 1993.

- *El encuadramiento del empresario en la Seguridad Social*, TL, nº 26, 1993.

- *Seguridad Social versus protección social*, AL, nº 13, 1995.

- L. HURTADO GONZÁLEZ e I. MARÍN ALONSO, *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999.

- *La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 y en su ya tradicional Ley de "Acompañamiento"*, TL, nº 51, 1999.

G. HUTEAU, *Sécurité Sociale et politiques sociales*, Tercera Edición, Dalloz. Paris, 2001.

M.T. IGARTUA MIRÓ,

- "Los extranjeros y el derecho al trabajo en la LO 4/2000", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.

- *Relación Laboral y cargo de consejero único de sociedad mercantil*, AS, nº 15, 2001.

- "Extranjeros, autorización para trabajar y contrato de trabajo ¿Cambios sustanciales tras la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social?", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Laborum, Murcia, 2003.

G. IGL, "The contingencies covered by social security systems", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M.C. IGLESIAS,

- M.C. IGLESIAS y A. ELORZA, *La fundación de la Comisión de Reformas Sociales*, Revista de Trabajo, nº 1, 1969.

M. IGLESIAS CABERO,

- *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1994.

- *El parentesco y la relación laboral en la Ley y en la jurisprudencia*, DL, nº 62, 2000.

INP

- *Régimen Obligatorio de Retiros Obreros. Compilación Legislativa Estatutaria y Reglamentaria*, Publicaciones del INP, Madrid, sin fecha.
- *Situación de los estudios para el Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte*, Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1934.

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, *El voluntariado. Una primera aproximación*, RSS, nº 14, 1982.

K. IRURZUN UGALDE,

- *La extensión subjetiva del Sistema de la Seguridad Social en el deporte profesional*, AL, nº 18, 1997.
- *La prestación de los árbitros: asunto pendiente en la industria del fútbol*, AS, nº 1, 1999.

C. IZQUIERDO SANS, *Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1996.

M.C. JAIMEN TRASSIERRA,

- K.J. ALVIEZ DOHRMANN, M.C. JAIMEN TRASSIERRA y S. OLARTE ENCABO, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Universidad de Granada, Granada, 1992.

S. JAIN, "Seguridad Social básica en la India", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

R. JANVIER, "La protection sociale des agents publics en Belgique", en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993.

A. JEAMMAUD,

- J. PÉLISSIER, A. SUPLOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Vigésima Edición, Dalloz, 2000.

M. JENKINS, *Extensión de la protección social a toda la población: problemas y planteos*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 1993.

W. JIE, *China's Social Security System*, en <http://www.cato.org/events/china/papers/jie.html>.

J. JIMÉNEZ AGUILAR, *Consideraciones sobre los cambios que se han producido en la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, "El Proyecto de Ley de Pensiones no Contributivas", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

J. JONCZYK, "Comparative social law and the transformation of social security in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

L. JORDANA DE POZAS,

- *La Seguridad Social en la Gran Bretaña*, RISS, nº 2, 1953.
- *La Seguridad Social en el orden internacional*, RISS, nº 4, 1954.
- "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España", "Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social" y "Los estudiantes y la Seguridad Social", en L.

JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 1, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961.

- "Tendencias modernas sobre el Régimen de las Clases Pasivas", en L. JORDANA DE POZAS, *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Volumen 2, Ministerio de Trabajo (INP), Madrid, 1961.

A. DE JUAN JUAN, *Permiso de trabajo y residencia vs. movilidad internacional del expatriado*, RGDTS (iustel), nº 4, www.iustel.com.

E. JUANES FRAGA,

- L.E. DE LA VILLA GIL y E. JUANES FRAGA, *Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Revista de Trabajo, nº 90, 1988.

P. JUÁREZ PÉREZ, *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado*, RL, nº 7, 1999.

J. JULLIOT, *La Sécurité Sociale*, La Villeguerin Editions, París, 1988.

D.T. KAHALE CARRILLO, *El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

L. KALLIOMAA-PUHA,

- K. HELLSTEN, L. KALLIOMAA-PUHA, M. KOMU y M. SAKSLIN, *Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia*, RL, nº 17-18, 2004.

P. KAMUZORA, "Extensión de los regímenes formales de Seguridad Social en la República Unida de Tanzania", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

N. KERSCHEN, *La dependencia como nuevo riesgo de la Seguridad Social: el ejemplo de la creación del Seguro de Dependencia en Luxemburgo*, RL, nº 17-18, 2004.

F. KESSLER, *El cuidado de las personas dependientes en Francia: La reforma permanente sin solución*, RL, nº 17-18, 2004.

U. KÖHL, *El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales*, RL, nº 17-18, 2004.

P.A. KÖHLER, "Historical context and origins of Social Security Systems", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M. KOMU,

- K. HELLSTEN, L. KALLIOMAA-PUHA, M. KOMU y M. SAKSLIN, *Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia*, RL, nº 17-18, 2004.

P. KRAUSE, "La protection sociale des agents publics en République Fédérale d'Allemagne", en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993.

M.L. LABACA ZABALA, *Matrimonio religioso canónico no inscrito en el Registro Civil y denegación de la pensión de viudedad: ¿existe violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley?* STC 199/2004, de 15 de noviembre, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 15, 2005.

J.P. LABORDE (Traducido por E.M. Blázquez Agudo), “Las prestaciones familiares en Derecho francés: noción y tipologías”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

L. LAFONT NICUESA, *El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 9, 2004.

J.P. LANDA ZAPIRAÍN,

- “Desde el Sistema público de Seguridad Social hacia un modelo global de protección social tutelado públicamente”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- J.P. LANDA ZAPIRAÍN y O. FOTINOPOULOU BASURKO, *Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE*, RL, Tomo I, 2000.

- J.P. LANDA ZAPIRAÍN y OTROS, *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1993.

- J.P. LANDA ZAPIRAÍN (Dir.), *Lecciones de Seguridad Social (I) y (II)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.

A. LANGREO NAVARRO, “El mercado de trabajo en la agricultura española”, en J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO (Coord.), *El campo andaluz y extremeño: la protección social agraria*, CES, Madrid, 2003.

D. LANTARÓN BARQUÍN,

- *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Estudiantes: análisis de un régimen jurídico en vías de extinción*, Tribuna Social, nº 83, 1997.

- A. BADIOLA SÁNCHEZ y D. LANTARÓN BARQUÍN, “Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

M. LARAÑA Y LEGUINA, *Examen histórico y análisis crítico del origen, aparición, implantación y desenvolvimiento de los seguros sociales en España (I)*, Moneda y Crédito. Revista de Economía, nº 15, 1945.

E. LASAOSA IRIGOYEN, *Cómputo de los recursos de la unidad familiar y estancias periódicas de los hijos con el padre divorciado*, AS, nº 17, 2004.

D. LATULIPPE,

- C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002.

A. LAURENT, “La armonización de los sistemas de Seguridad Social en las Comunidades Europeas”, en AA.VV., *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, MTSS, Madrid, 1981.

I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el Derecho Internacional Privado español*, Tecnos, Madrid, 1999.

E. LEIRA, *La nueva legislación de accidentes de trabajo en España*, RISS, nº 5, 1956.

J.M. LEONÉS SALIDO, *El trabajo marginal: una frontera sin resolver*, Aranzadi Laboral, nº 2, 2003 (BIB 200346).

Y. LEQUETTE,

- B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998.

E. LILLO,

- J.J. DEL ÁGUILA y E. LILLO, *Naturaleza jurídica de la relación del dirigente o liberado*, RL, Tomo I, 1986.

M.A. LIMÓN LUQUE,

- M.A. LIMÓN LUQUE y M. ESPÍN SÁEZ, *La extinción del contrato de trabajo previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo, ¿constituye despido?*, AS, nº 12, 2003.

- *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

S. LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997.

J. LLEDÓ MARTÍN, *La pesca nacional*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1943.

M. LOBOS PALACIOS, *Análisis de la Ley de extranjería chilena: el residente sujeto a contrato de trabajo*, AL, nº 25, 2001.

M. LOEWE, *Social Security in Egypt: an analysis and agenda for policy reform*, en www.erf.org.eg/uploadpath/pdf/2024.pdf.

U. LOHMANN, "The german unification process-conclusions in terms of comparative social law", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M.J. LOPERA CASTILLEJO,

- *El régimen de protección social del personal de las entidades locales*, AL, nº 45, 1992.

- *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

M.C. LÓPEZ ANIORTE,

- *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, nº 21, 1997.

- *Las notas de «habitualidad» y «medio fundamental de vida» delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente*, AL, nº 38, 2002.

- *El ámbito subjetivo del Régimen de Autónomos: problemas actuales, con especial referencia a la «redefinición» jurisprudencial de la nota de habitualidad*, DL, nº 69, 2003.

- M.C. LÓPEZ ANIORTE, *La inclusión en el RETA de colectivos «asimilados» a los autónomos. Dos ejemplos paradigmáticos: religiosos de la iglesia católica y deportistas de alto nivel*, AS, nº 12, 2005.

A.E. LÓPEZ-ARANDA, *Alcance y finalidad de los Seguros Sociales obligatorios*, Imprenta Gironés, Madrid, 1945.

G. LÓPEZ I CASANOVAS,

- D. CASADO MARÍN y G. LÓPEZ I CASANOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2001.

L. LÓPEZ CUMBRE,

- B. GONZALO GONZÁLEZ y L. LÓPEZ CUMBRE, “Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el Sistema de Seguridad Social”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- L. LÓPEZ CUMBRE (Coord.) y OTROS, *Crónicas de jurisprudencia. Trabajador*, Justicia Laboral, nº 1, 2000.

- *La relación especial del servicio del hogar familiar*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, *La inclusión en el Régimen General de los Trabajadores dedicados a la manipulación y comercialización del plátano*, Tribuna Social, nº 119, 2000.

J. LÓPEZ GANDÍA,

- *Relaciones de «beca» y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Derecho Privado, 1981.

- *Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo*, RL, nº 15-16, 1998.

- *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- *Las sociedades laborales y su encuadramiento en la Seguridad Social*, AL, nº 11, 1999.

- *Cooperativas y Seguridad Social*, RL, nº 21, 2000.

- “Regímenes especiales: Agrario, Trabajadores del Mar, Minería del Carbón y Empleados de Hogar”, en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo*, RDS, nº 14, 2001.

- “Artículo 125”, en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

- *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *La “nueva” protección social de los trabajadores autónomos*, RDS, nº 24, 2003.

- J. LÓPEZ GANDÍA y D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social*, RL, nº 20, 2003.

- *Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias*, AS, Tomo V, 2003.

- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARTLER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARTLER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- *La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPALER CARRASCO, *La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones*, RDS, nº 25, 2004.

- *La aplicación de la «teoría del paréntesis» y de la integración de lagunas tras la Ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)*, AL, nº 11, 2004.

- *Pluriactividad y Seguridad Social*, RL, nº 7, 2005.

D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.

J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.

Jesús LÓPEZ LÓPEZ, *Utilización abusiva de trabajadores en régimen de colaboración social por las Administraciones Públicas*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 21, 2002

J. LÓPEZ LÓPEZ,

- “La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

A. LÓPEZ NÚÑEZ,

- *Veinticinco años de legislación social*, Biblioteca Marvá, Madrid, 1928.

- *Ideario de previsión social*, Segunda Edición, INP, Madrid, 1947.

I. LÓPEZ PENA,

- *Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales*, Revista de Trabajo, nº 1, 1969.

- “La ayuda familiar en el sistema de previsión social de la función pública”, en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

R. LÓPEZ MOSTEIRO, “La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

E. LÓPEZ PASARO,

- M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, *Transexualidad y discriminación*, REDT, nº 96, 1999.

J. LÓPEZ PUIGSERVER, *Los accidentes de trabajo*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 1892.

F. LÓPEZ-TARRUELLA,

- F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del TC*, RL, nº 24, 1990.

- F. LÓPEZ-TARRUELLA y C. VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas, Madrid, 1991.

- F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1991.

E. LÓPEZ TERRADA, *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

M. DE LORENZO SEGRELLES,

- C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

J.F. LOUSADA AROCHENA,

- *El colectivo de trabajadores a tiempo parcial con derechos reducidos de protección social*, RL, nº 18, 1995.

- *Sociedad de gananciales y prestaciones asistenciales*, Tribuna Social, nº 155, 2003.

- J.F. LOUSADA AROCHENA y J. CABEZA PEREIRO, *Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares*, AS, nº 7-8, 2004.

- J.F. LOUSADA AROCHENA, *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, AL, nº 7, 2005.

Y. LOUSSOUARN,

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004.

M. LOZANO MONTERO, *El Seguro Obligatorio de Enfermedades Profesionales*, RESS, nº 11, 1947.

M.A. LUELMO MILLÁN, *Cuestiones de encuadramiento en el RETA y su reciente jurisprudencia*, AL, nº 18, 2002.

J. LUJÁN ALCARAZ,

- *El reconocimiento jurisprudencial de la relación laboral de los empleados de Registros*, RL, nº 22, 1990.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ, *Una exclusión constitutiva y confusa: el personal de las cámaras de comercio preexistente a la Ley 3/1993*, TL, nº 28, 1993.

- *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994.

- *Encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas*, AS, nº 9, 1998.

- *El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, AS, nº 10, 1999.

- *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*, AS, nº 16, 2000.

- *El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, AS, nº 21, 2000.

- *El III Acuerdo Nacional de Formación Continua*, AS, nº 11, 2001.

- *Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo*, AS, nº 15, 2001.

- J. LUJÁN ALCARAZ y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los regímenes especiales de la Seguridad Social", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

- *A propósito del "Estatuto del Becario de Investigación"*, AS, nº 1, 2004.
- *La suspensión del contrato de trabajo por pase del reservista voluntario a la situación de activado*, AS, nº 19, 2005.
- *El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores*, RMTAS, nº 58, 2005.

M.R. LUPERTI, "*Tutela previdenziale e lavoro autonomo*" y "*Mutualità e pensioni alle casalinghe*", en R. PESSI, *La riforma del sistema previdenziale*, CEDAM, Pádova, 1995.

J.M. LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2004.

P. MADRID YAGÜE,

- P. MADRID YAGÜE y B. QUINTANILLA NAVARRO, "*Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal*", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.
- *Análisis de la nueva regulación del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre*, AS, nº 1, 2004.

G. MAESTRO BUELGA,

- G. MAESTRO BUELGA y M.A. GARCÍA HERRERA, *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999.

M. MAGALLÓN ORTÍN,

- M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El contrato de trabajo a tiempo parcial inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes*, Tribuna Social, nº 58, 1995.
- M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El convenio especial el Sistema de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- M.A. PÉREZ ALONSO y M. MAGALLÓN ORTÍN, *El nuevo encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las Sociedades Capitalistas dentro del Sistema de Seguridad Social*, en Tribuna Social, nº 103, 1999.

J.A. MALDONADO MOLINA,

- "La previsión social de los profesionales liberales: papel que corresponde a sus mutualidades tras la LOSSP", en AA.VV. *Estudios y comentarios sobre la LOSSP*, Mapfre, Madrid, 1997.
- *Las mutualidades vinculadas a colegios profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- *La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía*, AL, nº 28, 1999.
- *El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997*, Swaddling, AL, nº 6, 2000.
- *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *La nueva protección por nacimiento*, TL, nº 66, 2002.
- *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- "Sujetos beneficiarios", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

A. MALLET, *Fórmulas y resultados logrados en la aplicación de los seguros sociales al campo*, RISS, nº 5, 1954.

G.F. MANCINI, *Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario*, RL, Tomo I, 1986.

F. MANRIQUE LÓPEZ,

- "El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y estado actual", en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984.

- *La Seguridad Social de las profesiones liberales*, La Ley, nº 2, 1984.

- *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, RSS, nº 23, 1984.

- *La reforma de la Seguridad Social*, RPS, nº 146, 1985.

I. MARÍN ALONSO,

- L. HURTADO GONZÁLEZ e I. MARÍN ALONSO, *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999.

- I. MARÍN ALONSO y J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

- *La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo*, AS, nº 2, 2004.

J.M. MARÍN CORREA,

- "La perspectiva general de la Seguridad Social de los Trabajadores migrantes", en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

- *Nota a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid de 22-4-1998*, AL, nº 25, 1998.

- *Accidente de trabajo y residencia ilegal. Nota a la STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999*, AL, nº 4, 2000.

- *Emancipación civil y afiliación a la Seguridad Social*, AL, nº 32, 2002.

M. MARISCAL DE GANTE,

- M. MARISCAL DE GANTE y E. LÓPEZ PASARO, *Transexualidad y discriminación*, REDT, nº 96, 1999.

A. MÁRQUEZ PRIETO,

- "La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- *Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2.a) del Reglamento de Extranjería]*, AS, nº 10, 2005.

C. MARTÍ BUFILL,

- *Presente y futuro del seguro social*, Studium, Madrid, 1947.

- *El seguro social en hispanoamérica*, Seminario de problemas hispanoamericanos, Madrid, 1949.

L. MARTÍN FLÓREZ, «*Outsourcing*» y teletrabajo: *consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo*, REDT, nº 71, 1995.

A. MARTÍN GALLO, *La protección a la familia en materia de desempleo*, AS, nº 18, 2004.

L. MARTÍN-GRANIZO,

- L. MARTÍN-GRANIZO y M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, *Derecho Social*, Editorial Reus, Madrid, 1932.

R. MARTÍN JIMÉNEZ,

- *La prestación de servicios en las escuelas taller: convenio aplicable y extinción del contrato*, AS, nº 10, 2003.
- *Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia*, AS, nº 19, 2003.

J. MARTÍN MARTÍN,

- M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

I. MARTÍN DE NICOLÁS Y DE OSMA,

RISS, nº 5, 1968.
- *Protección social al trabajador autónomo*,
- *Protección social al trabajador autónomo en España (Sector de profesiones liberales)*, RISS, nº 5, 1975.

E. MARTÍN PUEBLA,

- *Trabajadores al servicio de la Administración*, RL, nº 1, 1990.
- *Medidas laborales de protección contra la violencia de género*, Tribuna Social, nº 179, 2005.

M.A. MARTÍN REYES,

- J.L. FERNÁNDEZ RUIZ y M.A. MARTÍN REYES, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Tomo I, Cuarta Edición, Edersa, Madrid, 2003.

A. MARTÍN VALVERDE,

- *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Individual del Trabajo y en Derecho de la Seguridad Social*, RPS, nº 71, 1966.
- *La «especialidad» del Régimen Agrario de Seguridad Social*, RISS, nº 6, 1969.
- *Beca de estudios técnico-prácticos con opción al ingreso en una entidad bancaria*, RPS, nº 99, 1973.
- *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976.
- “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- F. DURÁN LÓPEZ, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Evolución del Derecho de la Seguridad Social*, en Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.
- “El ordenamiento de la Seguridad Social: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984.
- “Estudio Preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España”, en AA.VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones*

actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, MTSS, Madrid, 1990.

- "La aplicación jurisdiccional del Derecho Social de la Comunidad Europea", en AA.VV., "*Política Social de la Comunidad Europea*", Volumen 3, Tomo I, MTSS, Madrid, 1992.

- "Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

- "Las reformas laboral y de Seguridad Social de 1997", en A. MARTÍN VALVERDE (Dir.), *Las reformas laboral y de la Seguridad Social de 1997*, CGPJ, Madrid, 1998.

- "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el Derecho Comunitario Europeo", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- "Artículo 9", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- "La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte II, MTAS, Madrid, 1999.

- *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, RDS, nº 6, 1999.

- "El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- *Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería*, Tribuna Social, nº 126, 2001.

- *Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)*, RMTAS, nº 38, 2002.

- "Derecho Social Comunitario y legislación laboral española", en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.

- *Como un torrente: crónica de leyes sociales de finales de 2003*, RL, Tomo II, 2004.

- *Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea*, AL, Tomo II, 2004.

- A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "Política y gestión del desempleo en el Estado autonómico", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

M.R. MARTÍNEZ BARROSO,

- *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Universidad de León, León, 1997.

- J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y nacionalización del Sistema de Seguridad Social*, REDT, nº 81, 1997.

- *Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones y el incremento de la protección asistencial*, AS, nº 8, 2001.

- *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, DL, nº 66, 2001.

- *Relaciones entre empleo y Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2002.

- M.R. MARTÍNEZ BARROSO y R. TASCÓN LÓPEZ, *El extranjero "sin papeles" ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las SSTS de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la "Ley de extranjería"*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 14, 2004.

- *La asistencialización de la protección social*, Tribuna Social, nº 169, 2005.

- M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma*, RTSS (CEF), nº 273, 2005.

R. MARTÍNEZ EMPERADOR,

- *Empleados de notarias: relación laboral*, AL, nº 21, 1986.
- “Alta en la Seguridad Social de socios, administradores y directivos de las compañías mercantiles y civiles”, en AA.VV., *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1994.

D. MARTÍNEZ FONS,

- S. DEL REY GUANTER y D. MARTÍNEZ FONS, *El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria*, RL, nº 14, 2005.

J. MARTÍNEZ GIRÓN,

- *El precontrato de trabajo en la jurisprudencia*, REDT, nº 19, 1984.
- *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988.
- *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1990.
- *El precontrato de trabajo: límites normativos y práctica judicial*, AL, nº 42, 1994.
- *Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo*, Tribuna Social, nº 123, 2001.
- J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, La Coruña, 2005.

J.A. MARTÍNEZ DE LANDALUCE, *De las banderas de conveniencia a los segundos registros*, Tribuna Social, nº 49, 1995.

E. MARTÍNEZ LÓPEZ, *Los mediadores de seguros y su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social*, AS, nº 16, 1999.

F. MARTÍNEZ LÓPEZ,

- *La Seguridad Social española en el año 1988*, RSS, nº 40, 1988
- F. MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L. SALMERÓN SILVERA y J.C. ROCA PULIDO (Ed.), *Teletrabajo. Una visión multidisciplinar*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998.
- *La Seguridad Social de los sacerdotes y religiosos*, Tribuna Social, nº 120, 2000.

J.A. MARTÍNEZ LUCAS,

- “Sobre los orígenes del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001.
- “El Programa de Renta Activa de Inserción en la Ley 45/2002”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.
- *La nueva regulación del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social*, AL, Tomo I, 2004.
- *La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, AL, nº 12, 2004.

C. MARTÍNEZ MORENO,

- *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994.
- *El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación*, TL, nº 36, 1995.

- *El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Derecho de los Negocios, nº 89, 1998.

- A. DESDENTADO BONETE, C. MARTÍNEZ MORENO e I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *La doctrina constitucional sobre Seguridad social y proceso social en el año 2003 (II)*, Poder Judicial, nº 73, 2004.

- *El incierto destino de los administradores sociales y la jurisprudencia del tribunal supremo. Consideración especial de la sentencia de la sala de lo social de 26 de febrero de 2003*, RGDTS (iustel), nº 6, www.iustel.com.

- *El incierto destino de los administradores sociales*, AS, nº 2, 2004.

M.E. MARTÍNEZ QUINTERO, "La fundación del I.N.P.", en F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987.

A. MARTÍNEZ DE VIERGOLD, *La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la "situación de riesgo durante el embarazo"*, RDS, nº 9, 2000.

V. DI MARTINO,

- V. DI MARTINO y L. WIRTH, *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 109, nº 4, 1990.

R. MATA MARTÍN,

- F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

J. MATLÁK, "Regulatory instruments of social security in Slovakia", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *La igualdad laboral entre uniones heterosexuales y homosexuales: criterios jurisprudenciales*, AL, nº 28, 2003.

P. MAYOR MENÉNDEZ, "La disciplina deportiva: su configuración en nuestro ordenamiento jurídico", en P. MAYOR MENÉNDEZ, E. ARNALDO ALCUBILLA y C. DEL CAMPO COLAS (Coord.), *Régimen jurídico del fútbol profesional*, Civitas, Madrid, 1997.

G. MEIL LANDWERLIN, *Seguridad Social y familia*, RSS, nº 42, 1989.

J.L. MEILÁN GIL, *El mutualismo laboral*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963.

L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE,

- *La prestación por «riesgo durante el embarazo» tras la Ley 39/1999*, AS, nº 20, 2000.

- *de determinación*, AS, Tomo II, 2003.

- *La prestación por «riesgo durante el embarazo» tras la Ley 39/1999*, AS, nº 20, 2000.

- *¿Contrato administrativo o laboral?: criterios*

- G.L. BARRIOS BAUDOR y L. MELÉNDEZ

MORILLO-VELARDE, *La protección social en la Constitución Europea*, RMTAS, nº 57, 2005.

L. MELLA MÉNDEZ,

- *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, AS, nº 11, 1998.

- *Sobre la presunción de laboralidad*. STSJ Madrid de 25 enero 2000,

AL, nº 5, 2001.

- *Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo*, RL, Tomo I, 2003.

C. MÉNDEZ, *Un mal Acuerdo: por qué no ha firmado UGT*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2003

P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN,

- *Los contratos administrativos para trabajos específicos, naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado*, TL, nº 41, 1997.

- *Los profesionales liberales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Carta Laboral, nº 33, 2000.

- *Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado*, AS, nº 14, 2000.

- "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001.

- *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003.

- *STC 239/2002: ¿recreación del Sistema de Seguridad Social?*, Tribunal Constitucional, nº 21-22, 2003.

- I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Trabajo asociado (y, en particular, trabajo familiar)", en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.

- P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y T. VELASCO PORTERO, *La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género*, RTSS (CEF), nº 271, 2005.

- *Convivencia estable «more uxorio» y trabajo familiar: ¿es necesario un nuevo pronunciamiento para unificación de doctrina?*, Tribuna Social, nº 180, 2005.

L. MENGHINI, *Le novità in tema di lavoro gratuito*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, nº 1, 2005.

J.R. MERCADER UGUINA,

- L.E. DE LA VILLA GIL y J.R. MERCADER UGUINA, *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994.

- R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, *Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*, RL, nº 11, 1995.

- J.R. MERCADER UGUINA y P. PORTELLANO DÍEZ, *La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial*, RL, nº 12, 1997.

- "Disposición Adicional 27ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- *Uso y abuso de las leyes de acompañamiento (I)*, RL, nº 5, 1999.

- *Algunas reflexiones sobre el controvertido encuadramiento en la Seguridad Social de los socios de sociedades laborales*, Tribuna Social, nº 97, 1999.

- J.R. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, "Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- *La opacidad de las leyes de acompañamiento (materias laborales y de Seguridad Social en la Ley de Acompañamiento para el 2001)*, RL, nº 7, 2001.

- *Administrativización y contractualización de las leyes y sus efectos sobre las de acompañamiento*, RL, nº 7, 2002.

- "Reformas" y "contrarreformas" en el sistema de protección por desempleo. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, como telón de fondo*, TL, nº 66, 2002.

- *La Ley de Acompañamiento para el 2003. Modificaciones en materia de Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2003.

- “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.
- I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales*, Justicia Laboral, nº 16, 2003.
- I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, “Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.
- *Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para 2004*, RL, nº 6, 2004.
- *Concepto y concepciones de la dependencia*, RL, nº 17 y 18, 2004.

M. MERCAT-BRUNS, *Viellissement et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, París, 2001.

· H

H. MERINO SENOVILLA, “La Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.

F. MESA DÁVILA, *La actividad deportiva del árbitro de fútbol: aproximación a la naturaleza jurídica y perspectivas de profesionalización a través de su laboralización*, <http://www.iusport.es/opinion/arbitrosnat.htm>.

C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

F. DE MIGUEL PAJUELO, “La protección social de los deportistas profesionales”, en A. PALOMAR OLMEDA, *El modelo europeo del deporte*, Bosch, Barcelona, 2002.

J.M. MIRANDA BOTO,

- “La convivencia de familiares de trabajadores extranjeros como requisito para la obtención de prestaciones en la jurisprudencia nacional y comunitaria”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.
- “Ciudadanos comunitarios y subsidio para emigrantes retornados”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y J.M. MIRANDA BOTO, *El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate*, TL, nº 74, 2004.

C. MOLERO MANGLANO,

- C. MOLERO MANGLANO y P. CHARRO BAENA, *Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador*, RTSS, nº 3, 1991.
- *El contrato de alta dirección*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2004.

J.L. MOLÉS MONTOLIU, “Derecho de los extranjeros al trabajo y a la Seguridad Social en la LO 4/2000, de 11 de enero y en su reforma por lo 8/2000, de 22 de diciembre”, en AA.VV. *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

M. MOLINA GARCÍA, *La afiliación al Sistema de la Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados*, AL, nº 47, 1996.

O. MOLINA HERMOSILLA,

- *Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes*, AS, nº 8, 2001.
- O. MOLINA HERMOSILLA y C. MOLINA NAVARRETE, «Tapeando» en espera de la nueva «gran reforma laboral»: comentario a las últimas novedades normativas (abril-octubre de 2005), RTSS (CEF), nº 272, 2005.

A.M. MOLINA MARTÍN,

- «Controversias en torno a la protección por desempleo de los extranjeros no comunitarios», en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.
- *Comentario al Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación*, RGDTSS (iustel), nº 5, www.iustel.com.

C. MOLINA NAVARRETE,

- S. OLARTE ENCABO y C. MOLINA NAVARRETE. *La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte 2001: ¿El «adiós» al «modelo progresivo» o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 175, 1997.
- *Algunas reflexiones sobre la Ley y los principios generales en el Derecho de la Seguridad Social*, RL, nº 5, 1998.
- «Artículo 10», «Disposición Transitoria 8ª» y «Disposición Transitoria 10ª», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. «Artículo 10», en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. «El nuevo estatuto jurídico del «ciudadano» extranjero: análisis y valoración de la reforma de la LO 4/2000». en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. «Art. 10ª y «Artículo 14ª», en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- C. MOLINA NAVARRETE y G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Nuevo régimen jurídico de «extranjería» e «inmigración» en España: análisis y valoración de la reforma*, RTSS (CEF), nº 219, 2001.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- *El regreso a la «situación de pobreza» como presupuesto del subsidio por desempleo: concepto legal de renta computable*, AL, nº 33, 2002.
- C. MOLINA NAVARRETE y J. CUEVAS GALLEGOS, *Nuevas reglas del sistema de protección frente al desempleo: comentario del RDL 5/2002, de 24 de mayo*, RTSS (CEF), nº 232, 2002.
- «Garantías de efectividad del estatuto jurídico de los trabajadores extranjeros: las técnicas del derecho sancionador», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.
- *Las «rentas activas de inserción»: un viaje inacabado desde la «marginalidad» a la «centralidad» del sistema*, RL, Tomo I, 2003.
- *El Estado Social Autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones*, TL, nº 69, 2003.
- «Polvos y lodos»: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 LGSS), RL, nº 13, 2004.
- J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, ««Derechos» y «garantías» del «sistema de protección social» de las personas mayores: relecturas

constitucionales para nuevas realidades sociales”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

- E. MOLINA NAVARRETE y C. MOLINA NAVARRETE, “El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su estatuto especial”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

- G. ESTEBAN DE LA ROSA y C. MOLINA NAVARRETE, “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

- *Una nueva e inaudita «relación laboral especial»: El régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004.

- C. MOLINA NAVARRETE y R.M. VALLECILLO GÁMEZ, *El «derecho a» y las «políticas de» inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de «rentas activas de inserción»*, RTSS (CEF), nº 268, 2005.

- O. MOLINA HERMOSILLA y C. MOLINA NAVARRETE, *«Tapeando» en espera de la nueva «gran reforma laboral»: comentario a las últimas novedades normativas (abril-octubre de 2005)*, RTSS (CEF), nº 272, 2005.

- *Del «mal» e «inútil» uso del «poder legislativo» en materia de Seguridad Social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las prestaciones no contributivas de los complementos autonómicos*.

E. MOLINA NAVARRETE,

- E. MOLINA NAVARRETE y C. MOLINA NAVARRETE, “El nuevo marco de relaciones laborales del personal de los servicios de salud: las claves de su estatuto especial”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

J. MOLINS GARCÍA-ATANCE,

- *Los hechos probados de las sentencias sociales y el derecho extranjero, consuetudinario y colectivo*, AS, nº 13, 2004.

- *Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual*, AS, nº 10, 2005.

M.A. MOMPARNER CARRASCO,

- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARNER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, Undécima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARNER CARRASCO, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- J. LÓPEZ GANDÍA y M.A. MOMPARNER CARRASCO, *La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones*, RDS, nº 25, 2004.

J.L. MONEREO PÉREZ,

- *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, REDT, nº 56-57, 1992.

- “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Caracterización técnica y significación «jurídica» y política”, en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coord.), *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1992.

- “El modelo español de protección contra el desempleo”, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- Blanch, Valencia, 1997.
- *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
 - *El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados*, REDT, nº 88-89, 1998.
 - “Artículo 1” y “Artículo 2”, en J.L. MONEREO PÉREZ Y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
 - J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, “Artículo 10”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
 - J.L. MONEREO PÉREZ y J. M. VIÑAS ARMADA, “Artículo 125”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
 - J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, “Art. 10” y “Artículo 14”, en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
 - “El Derecho a la Seguridad Social”, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002.
 - J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, “«Derechos» y «garantías» del «sistema de protección social» de las personas mayores: relecturas constitucionales para nuevas realidades sociales” y “El sistema de pensiones: principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo”, en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.
 - , en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

A.J. MONROY ANTÓN, *El deportista profesional: la necesidad de la reforma del RD 1006/1985*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 3, 2005.

J. MONTALVO CORREA,

- “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- J. MONTALVO CORREA y A. ARRANZ PANADERO, “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Empleo y relaciones laborales en España en el contexto de la Unión Europea ampliada*, RGDTS (iustel), nº 7, www.iustel.com.

F. MONTERO GARCÍA, *Orígenes y antecedentes de la previsión social*, MTSS, Madrid, 1987.

A. MONTOYA MELGAR,

- *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, RISS, nº 5, 1963.
- *El ámbito personal del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966.
- *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RPS, nº 72, 1966.
- *La Seguridad Social de los emigrantes*, RISS, nº 6, 1966.
- *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, RPS, nº 72, 1968.
- *La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones*, RPS, nº 98, 1973.
- *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975.
- *La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica*, Revista de Trabajo, nº 54-55, 1976.
- “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- "Sobre el socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

- "Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España: la Guerra Civil", en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, MTSS, Madrid, 1987.

- *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990.

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.

- *Sobre los orígenes del seguro social en España*, REDT, nº 80, 1996.

- *Comentario a la STS, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos*, RMTAS, nº 9, 1998.

- *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo*, REDT, nº 91, 1998.

- *Sobre el futuro de la Seguridad Social*, RMTAS, nº 24, 2000.

- *El desarrollo normativo del Pacto de Toledo*, AS, nº 22, 2000.

- A. MONTOYA MELGAR, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y A. CAMARA BOTÍA, *Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

- *Derecho del Trabajo*, Vigésimosexta Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

- "El modelo social Europeo y los sistemas de protección social en los países de Latinoamérica y el Caribe", en AA.VV., *El modelo social Europeo y los sistemas de protección social en los países de América Latina y el Caribe*, MTAS, Madrid, 2003.

- *El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo*, RMTAS, número extraordinario, 2003.

- "Estudio preliminar. Seguridad Social: entre el progreso y la adaptación", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.

- "Seguridad social y asistencia social: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003.

- A. MONTOYA MELGAR y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La protección social pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico*, REDT, nº 120, 2003.

- *Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)*, AS, nº 5, 2004.

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005.

- A. MONTOYA MELGAR (Director), *Curso de Seguridad Social*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 2005.

J.M. MORALES ORTEGA, *Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad*, RL, Tomo II, 1999.

M. MORAND,

- M. MORAND y P. COURSIER, *Le contrat de travail solidaire*, Droit Social, nº 2, 2003.

S. MORENO CALIZ,

- S. MORENO CÁLIZ y R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, "Las prestaciones familiares en el Sistema español de Seguridad Social y en otros Estados Miembros de la Unión Europea", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- *Aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social a los trabajadores extracomunitarios*, RMTAS, nº 22, 2000.

J. MORENO GENÉ,

- "Las becas y los contratos formativos: ¿Dos caras de una misma moneda?, en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996.

- J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO y A. PARDELL VEÀ, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1997.

- J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, *Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado*, RDS, nº 9, 2000.

- *El Estatuto del Becario de Investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena*, en RTSS (CEF), nº 250, 2004.

- *La contratación laboral del personal investigador en formación: contrato en prácticas versus contrato de obra o servicio determinado*, RTSS (CEF), nº 262, 2005.

- J. MORENO GENÉ y A.M. ROMERO BURILLO, *El alcance subjetivo del programa de renta activa de inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva*, RTSS (CEF), nº 269-270, 2005.

M. MORENO PUEYO, *Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004.

R. MORENO RUIZ, *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*. CES, Madrid, 2000.

F. MORENO DE VEGA Y LOMO,

- P. MORGADO PANADERO y F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 96, 1998.

M.N. MORENO VIDA, "Artículo 36", en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.

M.A. MORETÓN TOQUERO, *Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales*, Bosch, Barcelona, 2001.

P. MORGADO PANADERO,

- P. MORGADO PANADERO y F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 96, 1998.

- *Las empresas de economía social y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 18, 2002.

- *El régimen laboral y de Seguridad Social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado*, AL, nº 28, 2002.

- *Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ante la jurisprudencia*, Tribuna Social, nº 164-165.

- *El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)*, AL, Tomo II, 2004.

- *Una nueva aproximación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social: la STC 239/2002*, RL, nº 2, 2005.

- *¿La descentralización de la Seguridad Social? Nuevas normas, antiguos conflictos*, Tribuna Social, nº 179, 2005.

E. MORGADO VALENZUELA, *La Seguridad Social en las constituciones de Iberoamérica*, REDT, nº 46, 1991.

J.J. MORRO LÓPEZ,

- M.A. PÉREZ ALONSO y J.J. MORRO LÓPEZ, *La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: Las prestaciones económicas por hijos a cargo*, Revista de Treball, nº 15, 1991.

- *Desempleo; nivel asistencial: subsidio en favor de trabajadores retornados*, AS, nº 7, 2000.

- *Encuadramiento en el RETA; socio y administrador solidario; médicos anestesiistas que constituyen una SL*, AS, Tomo IV, 2000.

A. MOTILLA DE LA CALLE,

- *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000.

- A. MOTILLA DE LA CALLE (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

A. MOUELHI, *Dificultades para la extensión de la Seguridad Social al sector agrícola de Túnez*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 4, 1993.

J. MOULY, *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme*, Droit Social, nº 9-10, 2002.

J.M. MOYA CASTILLA,

- J.M. MOYA CASTILLA y S. POSE VIDAL, *El régimen jurídico laboral de los altos directivos*, Praxis, Barcelona, 1998.

M. MOYA ESCUDERO,

- *La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado Español*, REDT, nº 10, 1982.

- *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada, 1999.

- "Autorización para la realización de actividades lucrativas (arts. 36.1 y 36.3)", en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

- M. MOYA ESCUDERO y R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003.

F. MUÑOZ CONDE,

- F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- *Derecho Penal (Parte Especial)*, Decimocuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

J. MUÑOZ MOLINA, *Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias y su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social*, RTSS, nº 15, 1994.

A.B. MUÑOZ RUIZ,

- M. RUIZ CUESTA y A.B. MUÑOZ RUIZ, "Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- J.R. MERCADER UGUINA y A.B. MUÑOZ RUIZ, "La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA

NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

- E.M. BLÁZQUEZ AGUDO y A.B. MUÑOZ RUIZ, *La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso*, RL, nº 17-18, 2004.

J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Delitos relativos a los matrimonios ilegales*, Actualidad Penal, 2001.

J. MURILLO MARINAS, *Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral*, RTSS, nº 1, 1991

E. MUT RÉMOLA,

- *Evolución de la Seguridad Social en España*, RISS, nº 5, 1972.

- *El Sistema de la Seguridad Social*, RPS, nº 94, 1972.

S. NAGEL, "Protección social e ingresos mínimos garantizados. Resumen de algunos programas gubernamentales en Europa", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

. ||

C. NAVARRO CASTILLO, *La integración en la Seguridad Social de las entidades sustitutorias y de las cajas y mutualidades de empresa*, RSS, nº 43-44, 1989.

J.G. NAVARRO FLORIA,

- J.G. NAVARRO FLORIA y C. HEREDIA, *Régimen jurídico de los religiosos y de los institutos de vida consagrada*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.

M.L. NEBOT LOZANO,

- *La Carta Social Europea*, RSS, nº 14, 1982.

- "Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios, administradores y directivos de sociedades, criterios sustantivos", en AA.VV., *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1994.

F. NETTER, *La Sécurité Sociale et ses principes*, Sirey, París, 1959.

J.A. NICOLÁS BERNAD,

- "El permiso de trabajo como documento de regularización laboral del extranjero en España", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

- *Supuestos y efectos jurídicos de las autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros*, RTSS (CEF), nº 239, 2003.

H. NIEMELÄ,

- H. NIEMELÄ y K. SALMINEN, *Social Security in Finland*: [http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/\\$File/Social%20 security in Finland.pdf?openElement](http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/$File/Social%20security%20in%20Finland.pdf?openElement).

N. DE NIEVES NIETO, *Voluntariado y empleo en el tercer sector*, RMTAS, nº 33, 2001.

M.F. DE NO VÁZQUEZ, *Poligamia y pensión de viudedad*, AL, Tomo II, 2004.

S. NÓBREGA PIZARRO, “*The not very typical Social Security of atypical migrants: The case of posted, frontier and seasonal workers*”, en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

M. NOGUEIRA GUASTAVINO,

- A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina en 1997. Problemas y soluciones*, RL, nº 9, 1988.

- A. DESDENTADO BONETE y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La Seguridad Social en la unificación de doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- J.R. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

G.G. NÚÑEZ PÉREZ,

- G.G. NÚÑEZ PÉREZ y M.I. RAMOS QUINTANA, *Régimen jurídico del profesorado universitario, no numerario, nacional y extranjero. Contratos laborales versus contratos administrativos*, Revista de Trabajo, nº 88, 1987.

J.L. NUÑO RUBIO,

- *Seguridad Social de los emigrantes españoles a países CEE: resoluciones anteriores en materia de pensiones y su revisión al amparo del Reglamento 1408/1971*, RSS, nº 30, 1986.

- B. GONZALO GONZÁLEZ y J.L. NUÑO RUBIO, *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilado*, Noticias de la Unión Europea, nº 157, 1998.

A.I. OGUS,

- A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKLEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995.

A. OJEDA AVILÉS,

- *El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)*, REDA, nº 56, 1987.

- *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?”, en AA.VV., *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999.

- “Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- *La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos*, AS, Tomo V, 2000.

- *El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines, medios*, REDT, nº 107, 2001.

- *La mejora y desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.

- “La renta agraria para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario”, en J. CRUZ VILLALÓN y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Coord.), *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

- "Conclusiones: Hacia un tratamiento conjunto de los trabajadores atípicos en materia de Seguridad Social", en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas* (subdividido en dos partes), MTAS, Madrid, 2003.

- *La Seguridad Social y su futuro: ¿ajusto o reconversión?*, RMTAS, nº 59, 2005.

S. OLARTE ENCABO,

- K.J. ALVIEZ DOHRMANN, M.C. JAIMEN TRASSIERRA y S. OLARTE ENCABO, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Universidad de Granada, Granada, 1992.

- *La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el Sistema español de Seguridad Social*, AL, nº 31, 1993.

- *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997.

- S. OLARTE ENCABO y C. MOLINA NAVARRETE. *La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte 2001: ¿El «adiós» al «modelo progresivo» o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 175, 1997.

- "Disposición Adicional 1ª", "Disposición Adicional 3ª", "Disposición Adicional 4ª" y "Disposición Adicional 5ª", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- *Seguridad Social no contributiva y ciudadanos extranjeros. El subsidio por desempleo vinculado a cargas familiares. STS (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2000 (RJ 3435)*, TL, nº 59, 2001.

- *Sociedades cooperativas de trabajo asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social*, TL, nº 64, 2002.

- *Seguridad Social e inmigración: luces y sombras en los cambios normativos no explicitados en el nuevo milenio*, TL, nº 66, 2002.

- *Prestación no contributiva por hijos a cargo: replanteamiento del requisito de la convivencia en supuestos de extranjería*, TL, nº 69, 2003.

J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Régimen actual de la incorporación obligatoria a las Mutualidades Generales de Previsión Social*, Revista General de Derecho, nº 622-623, 1996.

B. OLIET GIL,

- "Régimen Especial de la Minería del Carbón", en AA.VV. *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

- *La iglesia y las relaciones de servicio retribuidas*, Revista de Trabajo, nº 52, 1975.

A. DE LA OLIVA SANTOS,

- A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

F. OLIVARES FRANCO,

- A.V. SEMPERE NAVARRO y F. OLIVARES FRANCO, *Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE*, RPS, nº 144, 1984.

L. OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *El derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros (Estudio de los apartados 2 y 3 del art. 13 LOE)*, AS, nº 11, 2005.

J.M. ORDEIG FOS,

- J.M. ORDEIG FOS, *La relación laboral de los empleados de notarías*, AL, nº 21, 1986.

1988. - *El sistema español de Seguridad Social*, Tercera Edición, EDERSA, Madrid,

- *Afiliación de socios y administradores de las sociedades mercantiles: un viraje normativo*, Tribuna Social, nº 88, 1998.

D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa*, Actualidad Laboral, nº 7, 2001.

P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

A.M. ORELLANA CANO, *Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros*, AL, nº 1 2003.

E. ORTEGA PRIETO, *Enquadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios*, Praxis, Barcelona, 1999.

M.C. ORTIZ LALLANA,

- *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989.

- *Autoempleo y fomento del espíritu empresarial en la Unión Europea*, RL, nº 7-8, 2000.

E.R. ORTIZ LÓPEZ, *Aspectos susceptibles de modificación en la regulación del Régimen Especial Agrario. Necesidad de reforma normativa para adecuarlo a la actual realidad social*, RTSS (CEF), nº 216, 2001.

J. OTADUY,

1991. - *Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados*, AL, nº 33,

2000 - *Relación Laboral y dependencia canónica de los profesores de religión*, AS, nº 14,

I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995.

J. PALMERO ZURDO,

1999. - *1998: Un año de cambios para la coordinación comunitaria*, AS, nº 18,

- "Notas sobre la libre circulación de trabajadores y su desarrollo", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001

A. PALOMAR OLMEDA,

- A. PALOMAR OLMEDA y R. ZATARAIN DEL VALLE, *La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989*, Revista de Trabajo, nº 99, 1990.

- *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993.

- *Bases esenciales del derecho comunitario de la Seguridad Social*, RTSS, nº 16, 1994.

- "La caja única en la constitución", en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000.

- *El régimen jurídico del deportista*, Bosch, Barcelona, 2001.
- *Derecho de la Función Pública*, Sexta Edición, Dykinson, Madrid.

2001.

- *De nuevo sobre la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas*, AS, nº 7-8, 2005.

M.C. PALOMEQUE LÓPEZ.

1975.

- *La nulidad parcial del contrato de Trabajo*, Tecnos, Madrid.

- “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- *La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias*, RL, nº 13, 1987.

- *El derecho al trabajo de los penados y la efectividad de los derechos fundamentales*, REDT, nº 42, 1990.

- “El trabajo de los parientes de tercer grado por afinidad del empleador en la relación laboral de servicio del hogar familiar: igualdad ante la Ley y no discriminación en la afiliación al Sistema de Seguridad Social”, en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo IX (1991)*, Civitas, Madrid, 1992.

- “De nuevo el derecho de los empleados de hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al Sistema de Seguridad Social”, en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo IX (1991)*, Civitas, Madrid, 1992.

- *Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al Sistema de Seguridad Social*, REDT, nº 53, 1992.

- “La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico: discriminación por circunstancia personal”, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo X (1992)*, Civitas, Madrid, 1993.

- *La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico: discriminación por circunstancia personal contraria al art. 14 CE*, REDT, nº 59, 1993.

- *Derecho del Trabajo e ideología*, Quinta Edición, Tecnos, Madrid, 1995.

- “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en V.A. MARTÍNEZ ABASCAL (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996.

- *El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo*, RL, nº 7-8, 2000.

- M.C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Duodécima Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- “Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social”, en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

J.A. PANIZO ROBLES,

- *Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social de 1998*, RTSS (CEF), nº 180, 1998.

- *Los contratos a tiempo parcial y para la formación: su incidencia en la Seguridad Social (a propósito de los Reales Decretos 488/1998 y 489/1998, de 27 de marzo)*, RTSS (CEF), nº 183, 1998.

- *El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular*, RTSS (CEF), nº 190, 1999.

- *La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 201, 1999.

- J.A. PANIZO ROBLES y M. CRESPO MACÍAS, *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación*, RTSS (CEF), nº 202, 2000.
- *De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (a propósito de la STS de 25 de enero de 2000*, RTSS (CEF), nº 208, 2000.
- *Novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento» para el año 2001*, RTSS (CEF), nº 215, 2001.
- J.L. TORTUERO PLAZA y J.A. PANIZO ROBLES, “La protección por muerte y supervivencia”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
- *El convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (a propósito de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre)*, RL, nº 22, 2003.
- *La nueva formulación del Pacto de Toledo: ¿la adaptación de la Seguridad Social a las nuevas realidades y demandas sociales?*, RTSS (CEF), nº 249, 2003.
- *Últimas modificaciones de Seguridad Social (A propósito del RD 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican diversos ámbitos de la Seguridad Social y de otras disposiciones reglamentarias)*, RTSS (CEF), nº 271, 2005.
- *La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente*, Justicia Laboral, nº 24, 2005.
- *La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del RD 1335/2005, de 11 de noviembre) (Primera parte)*, Tribuna Social, nº 181, 2005.

A. PARDELL VEÀ,

- J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO y A. PARDELL VEÀ, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1997.
- J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, *Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado*, RDS, nº 9, 2000.
- *Falsos autónomos en la Administración Pública*, RDS, nº 13, 2001.
- “Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

C. PASCUAL ALLÉN, *Comentarios al Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 8, 2000.

J. PAWELZIG, “Reflections on how the range of persons covered by Social Security Systems could be changed in the course of free market development”, en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

J. DE LA PAZ,

- M. BARAÑANO CID y J. DE LA PAZ, “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”; en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

N. PAZ CANALEJO, *Los socios de trabajo y las cooperativas de producción*, RPS, nº 133, 1982.

G. PECES-BARBA MARTÍNEZ,

- *La constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981

- "Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su formación histórica", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *Política Social Internacional y Europea*, MTAS, Madrid, 1996.

J. PÉLISSIER,

- J. PÉLISSIER, A. SUPIOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Vigésima Edición, Dalloz, 2000.

B. PENDÁS GARCÍA,

- M.G. PRIETO GUTIÉRREZ y B. PENDÁS GARCÍA, *La Seguridad Social en la Constitución de 1931*, RPS, nº 139, 1983.

F. PEDRAJAS PÉREZ,

- "El empleo comunitario: entre el fomento del empleo y la protección por desempleo", en F. DURÁN LÓPEZ, *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.

- "Derecho al trabajo (art. 10)", en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, "Trabajo voluntario como posible forma de empleo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

F. PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer law and Taxation Publishers, Boston, 1994.

P. DE LA PEÑA ROSINO,

- J.I. TEJERNIA ALONSO y P. DE LA PEÑA ROSINO, "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*, MTSS, Madrid, 1981.

J.L. PERALTA DE LA CÁMARA, "Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

A. DE PEREDA MATEOS,

- *La limitada protección actual de los familiares a cargo del trabajador, ante la implantación de un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos*, RSS, nº 15, 1982.

- *Asignaciones familiares: racionalización y reforma*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.

M.A. PÉREZ ALONSO,

- M.A. PÉREZ ALONSO y J.J. MORRO LÓPEZ, *La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social: Las prestaciones económicas por hijos a cargo*, Revista de Treball, nº 15, 1991.

- M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El contrato de trabajo a tiempo parcial inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes*, Tribuna Social, nº 58, 1995.

- M. MAGALLÓN ORTÍN y M.A. PÉREZ ALONSO, *El convenio especial el Sistema de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- M.A. PÉREZ ALONSO y M. MAGALLÓN ORTÍN, *El nuevo encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las Sociedades Capitalistas dentro del Sistema de Seguridad Social*, en *Tribuna Social*, nº 103, 1999.
- *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

A.I. PÉREZ CAMPOS, *Derecho a prestaciones familiares del titular de una pensión con residencia en otro Estado Miembro*, AS, nº 9, 2001.

N. PÉREZ CÁNOVAS,

- *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.
- *Transexualidad y matrimonio*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002.

L. PÉREZ CAPITÁN, *El concepto de trabajador autónomo en la previsión social española*, CES, Madrid, 2005.

F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL,

- *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- *Las políticas de inmigración*, *Tribuna Social*, nº 133, 2002.
- F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J. THIBAUT ARANDA, "El teletrabajo y la Seguridad Social", en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.

J. PÉREZ LEÑERO, *Fundamentos de la Seguridad Social*, Aguilar, Madrid, 1956.

A. PÉREZ LUQUE, *Personal temporal de las corporaciones locales*, Abella, Madrid, 1989.

V. PÉREZ MENAYO, *Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea*, RL, nº 17-18, 2004.

M. PÉREZ PÉREZ,

- *Convenios bilaterales sobre Seguridad Social ratificados por España*, RL, Tomo I, 1985.
- *El sindicato, empleador*, AL, nº 41, 1994.

T. PÉREZ DEL RÍO,

- "El concepto de familia y su protección en la reforma de la Seguridad Social", en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.
- *Mujer y protección social en España*, RDS, nº 1, 1998.

R. PÉREZ YÁÑEZ,

- J.C. ÁLVAREZ CORTÉS y R. PÉREZ YÁÑEZ, *Algunas novedades recientes en la legislación de Seguridad Social*, RL, nº 15-16, 2005.

- *La nueva regulación de las prestaciones familiares en el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, RL, nº 2, 2006.*

G. PERRIN,

- *La Seguridad Social y la pobreza en los países desarrollados*, RSS, nº 41, 1989.
- "Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.

M. PERSIANI,

- *El sistema jurídico de la previsión social*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965
- *Diritto della Previdenza Sociale*, Novena Edición, CEDAM, Pádova, 1997.

J.L. PESET, *Capitalismo y medicina; ensayo sobre el nacimiento de la Seguridad Social*, en Estudios de Historia Social, número 7, 1978.

C. DEL PESO Y CALVO,

- *Legislación social de los trabajadores del mar*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1947.
- *El concepto de "trabajador" en la legislación de accidentes de trabajo*, RISS, nº 3, 1959.
- "El Fuero del Trabajo y la Seguridad Social española", en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- *Previsión y Seguridad Social del Trabajador agrícola*, RISS, nº 2, 1962.
- *De la protección gremial al vigente Sistema de Seguridad Social*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 25, 26 y 27, 1966.
- "Régimen Especial Agrario: trabajadores por cuenta ajena", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- *Experiencias españolas en la aplicación de la Seguridad Social a los trabajadores del campo*, RPS, nº 97, 1973.
- *Presente y futuro de nuestro vigente Sistema de Seguridad Social*, RSS, nº 15, 1982.

C. PICÓ LORENZO, "Derechos Fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo de los extranjeros como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo", en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994.

D. PIETERS,

- *¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?*, RSS, nº 36, 1987.
- *¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?*, RSS, nº 36, 1987.
- "Los sistemas no contributivos en Europa", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.
- *Introduction au droit de la Sécurité Sociale des pays de la Communauté Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991.
- *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, Civitas, Madrid, 1992.
- "Consecuencias del mercado único europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿vamos hacia una armonización con vistas a 1993?", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.
- "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de las enfermedades profesionales en la Unión Europea", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- "A Social Security co-ordination for a new type of moving persons", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.
- *Los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004.
- *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros Estados Miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2004.

A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE,

- *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995.
- *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, RL nº 11, 1996.*
- *Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, Relaciones Laborales, nº 4, 1997.
- *Los «retoques» en la parte general del Derecho de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998. Especial referencia a los administradores sociales y al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas*, RL, nº 5, 1998.
- *La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de «desajustes»*, RL, nº 7-8, 2000.
- "Campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social", en J.F. BLASCO LAHOZ y J. LÓPEZ GANDÍA (Dir.), *Seguridad Social Práctica*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Las reformas de la Seguridad Social en abril de 2003. La profundización en la homogeneización de los regímenes especiales con el Régimen General*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 13, 2003.

M.C. PIQUERAS PIQUERAS,

- *El extranjero y el derecho al trabajo*, AS, Tomo I, 1995.
- L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS PIQUERAS, *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997.

R. PITSCHAS, "Fundamental institutional/organizational questions in the transformation of social security systems in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994

M.C. POLO SÁNCHEZ,

- *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994.
- *Prestaciones no contributivas y principio de igualdad*, RL, 1995.

M. PONS CARMENA, *La problemática del S.I.D.A. en la acción protectora de la Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 76, 1997.

P. PORTELLANO DÍEZ,

- J.R. MERCADER UGUINA y P. PORTELLANO DÍEZ, *La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial*, RL, nº 12, 1997.

R.M. PORTUGAL BARRIUSO, *Afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia incorporados a un colegio profesional*, Relaciones Laborales, nº 14, 1997.

A. POSADA, "El Derecho y la cuestión social", en A. MENGER, *El Derecho Civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.

S. POSE VIDAL,

- J.M. MOYA CASTILLA y S. POSE VIDAL, *El régimen jurídico laboral de los altos directivos*, Praxis, Barcelona, 1998.

F.J. PRADOS DE REYES, “Socios trabajadores de sociedades irregulares: carácter de la relación, encuadramiento en materia de Seguridad Social”, en A. MONTOYA MELGAR, A. MARTÍN VALVERDE y F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.

J.M. PRATS CANUT, “Delitos contra las relaciones familiares”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Tercera Edición, Aranzadi, Pamplona, 2002.

X. PRÉTOT, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité Sociale*, Segunda Edición, Dalloz, 1998.

G. PRIETO ESCUDERO,

- *Bases doctrinales para una Seguridad Social integral*, Revista de Trabajo, nº 46, 1974.
- *El ámbito personal en la futura Seguridad Social integral*, RPS, nº 107, 1975.
- *La Seguridad Social, factor de armonización interclases*, RPS, nº 115, 1977.

M.G. PRIETO GUTIÉRREZ,

- M.G. PRIETO GUTIÉRREZ y B. PENDÁS GARCÍA, *La Seguridad Social en la Constitución de 1931*, RPS, nº 139, 1983.

A. DE LA PUEBLA PINILLA,

- A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

- *Avance y continuidad en la política de inserción de los excluidos. Dos medidas recientes: el RD 364/2005, sobre medidas alternativas a la contratación de discapacitados y el RD 205/2005, sobre programa de renta activa de inserción para 2005*, RL, nº 13, 2005.

M.A. PURCALLA BONILLA,

- *La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, Tribuna Social, nº 122, 2001.

- M.A. PURCALLA BONILLA y A. BELZUNEGUI ERASO, *Marcos jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo*, AS, nº 18, 2004.

T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI,

- T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y B. SUÁREZ CORUJO, *La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los sistemas de Seguridad Social*, RMTAS, nº 57, 2005.

R. QUESADA SEGURA,

- *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991

- "El trabajo *au pair*: entre la laboralidad y la tutela extralaboral", en J.

CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- *La distinción entre la colocación «au pair» y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas*, AS, nº 4, 1999.

- "Pensión de viudedad", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

QUINTA CONFERENCIA DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA MIEMBROS DE LA OIT, *Seguridad Social: Resultados logrados y política futura*, OIT, Ginebra, 1952.

B. QUINTANILLA NAVARRO,

- P. MADRID YAGÜE y B. QUINTANILLA NAVARRO, "Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

- *La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995*, RL, nº 20, 1995.

M.G. QUINTERO LIMA,

- F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y M.G. QUINTERO LIMA, *La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países*, RL, nº 12, 2004.

- S. BARCELÓN COBEDO y M.G. QUINTERO LIMA, *Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia*, RL, nº 17-18, 2004.

- "Las prestaciones familiares por hijo a cargo y la doble cláusula de residencia de la nueva redacción del art. 182.1 LGSS: obstáculo a la libre circulación de trabajadores y otros problemas", en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

M.F. QUIRÓS SORO, *Centenario del Instituto de Reformas Sociales (1903-2003)*, REDT, nº 115, 2003.

P. RABANAL CARBAJO, *Las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes*, AL, nº 6, 2005.

S. VON RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, MTSS, Madrid, 1992.

M.L. RAMAS VARO, *La protección legal de la infancia en España*, CES, Madrid, 2001.

V. RAMÍREZ,

- R. DE SOLÓRZANO y V. RAMÍREZ, "Seguridad Social básica en El Salvador", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ,

- J. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las cámaras de comercio, industria y navegación*, AL, nº 4, 1989.

- M. COLINA ROBLEDO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

- "La Seguridad Social en la CEE", en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

M.I. RAMOS QUINTANA,

- G.G. NÚÑEZ PÉREZ y M.I. RAMOS QUINTANA, *Régimen jurídico del profesorado universitario, no numerario, nacional y extranjero. Contratos laborales versus contratos administrativos*, Revista de Trabajo, nº 88, 1987.

- *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989.

- *Sujetos beneficiarios de la protección por desempleo*, RL, nº 19, 1990.

- *La aplicación de la libre circulación de trabajadores en el territorio español: período transitorio y etapa definitiva de adhesión a la CEE*, TL, nº 22, 1991.

- *Derechos de los trabajadores extranjeros*, REDT, nº 86, 1997.

- "El trabajo de los menores", REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- *Trabajadores extranjeros e integración social*, TL, nº 54, 2000.

- "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

A.M. RECIO LAZA, *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997.

A. REDECILLAS LÓPEZ DE SABANDO,

- "Perspectiva normativa: El principio de unidad de caja en la Constitución y en los sucesivos textos de la Ley General de Seguridad Social", en AA.VV., *El principio de caja única: una cuestión para el futuro*, MTAS, Madrid, 2000.

- *El mutualismo laboral como medio de protección social. Un estudio económico financiero*, CES, Madrid, 2001.

A.G. REDONDO HERMIDA, *El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso*, AL, nº 25, 1985.

I. REIG FABADO, *Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad de trato. Comentario a la STS, Social, de 2 de marzo de 2000*, AL, nº 38, 2000.

S. DEL REY GUANTER,

- "Principios y tendencias en el Derecho Social Comunitario"; en AA.VV., *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "Administradores sociales, socios trabajadores y Seguridad Social: una difícil convivencia", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- "Notas sobre la ajenidad en la Seguridad Social: a propósito del régimen jurídico de la protección social de los administradores en la Ley 66/1997", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y socios trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, RL, nº 2, 1999.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, RL, nº 7-8, 2000.

- S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, *El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro*, RL, Tomo I, 2001.

- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y S. DEL REY GUANTER, *Prontuario de Seguridad Social*, Segunda Edición, Colex, Madrid, 2004.

- S. DEL REY GUANTER y D. MARTÍNEZ FONS, *El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria*, RL, nº 14, 2005.

- S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005.

F. REY MARTÍNEZ,

- F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

E. REVILLA ESTEVE, *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

J.F.K. RHEINHEIMER, "El teletrabajo en Alemania", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

B. RÍOS SALMERÓN,

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005.

G.A. RITTER, *La situación hace cien años: el nacimiento de los seguros sociales en Alemania y en Inglaterra*, RSS, nº 15, 1982.

G.E. RIVAS SCHULZ, *Ensayo sobre un sistema de Seguridad Social para Dueñas de la Casa*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972.

P. RIVAS VALLEJO,

- *Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad*, AS, nº 1, 2001.

- *Reformas y cambios en la Seguridad Social española: perspectiva 2002 (I)*, Tribuna Social, nº 142, 2002.

- *Incidencia de la prisión y el cumplimiento de penas sobre la relación de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

A. RIVAS VAÑÓ,

- A. RIVAS VAÑÓ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Orientación sexual y Derecho Europeo", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.

J. RIVERA SAGANTA, *El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar*, Foro de Seguridad Social, nº 5, 2001.

J.R. RIVERA SÁNCHEZ, “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

J. RIVERO LAMAS, “La igualdad de tratamiento de la mujer. Marco jurídico general”, en AA.VV., “*II Jornadas sobre la Comunidad Europea*”, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

J.C. ROCA PULIDO,

- F. MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L. SALMERÓN SILVERA y J.C. ROCA PULIDO (Ed.), *Teletrabajo. Una visión multidisciplinar*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998.

M. RODRÍGUEZ BLANCO,

- *La inclusión de los religiosos en el RETA. Precisiones*, Ius Canonicum, Volumen 41, 2001.

- *Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social*, RL, Tomo I, 2002.

- M.A. CASTRO ARGÜELLES y M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Seguridad Social de Ministros de Culto y Religiosos*, Ius Canonicum, nº 87, 2004.

G. RODRÍGUEZ CABRERO, *Protección social de la dependencia en España*, publicado en <http://www.fundacionalternativas.com/>, documento de trabajo 44/2004.

I.A. RODRÍGUEZ CARDO, “La reforma del desempleo desde una óptica jurisprudencial”, en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO,

- *Determinación de la normativa de Seguridad Social aplicable al transporte internacional*, REDT, nº 72, 1995.

- *La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente*, RTSS (CEF), nº 183, 1998.

- *La 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*, Tribuna Social, nº 131, 2001.

- *Incremento de las pensiones no contributivas por las CCAA*, REDT, nº 117, 2003.

J. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo*, RMTAS, nº 2, 1997.

J.L. RODRÍGUEZ HURTADO, *La voluntariedad en el sistema de protección social*, CES, Madrid, 2004.

G. RODRÍGUEZ INIESTA,

- *Sobre una exclusión indebida del campo de aplicación del RETA: la del menor emancipado*, La Cuarta Esquina, Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Murcia, nº 2, 1990.

- *Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho*, AS, nº 4, 1998.

- *Las antiguas pensiones de vejez e invalidez del extinto FAS. Su difícil supervivencia*, AS, nº 4, 1999.

- *Homosexualidad y Seguridad Social. A propósito de la STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000*, AS, nº 19, 2001.
- "Artículo 174", en A.V. SEMPERE NAJARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.
- *Sobre la habitualidad y medio fundamental de vida del trabajador por cuenta propia del mar. ¿Es discriminatoria la exclusión de RETM en razón a que el cónyuge o familiar sea titular de un negocio mercantil o industrial?*, AS, nº 16, 2004.

R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO,

- S. MORENO CÁLIZ y R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, "Las prestaciones familiares en el Sistema español de Seguridad Social y en otros Estados Miembros de la Unión Europea", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

M.J. RODRÍGUEZ MESA, *La relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias*, RDS, nº 16, 2001.

A. RODRÍGUEZ MOLERO, *¿Crisis de las mutualidades de previsión social?*, AL, nº 10, 1990.

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER,

- *El Estado y la Seguridad Social*, RPS, nº 61, 1964.
- *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, RPS, nº 71, 1966.
- *La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación*, RPS, nº 118, 1978.
- *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1982.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma", en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.
- «*Jornada De Estudio sobre Personal Directivo*», RL, nº 2, 1986.
- *El contrato de trabajo del personal de alta dirección*, RL, Tomo I, 1986.
- M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85*, RL, Tomo I, 1988.
- *Pensiones no contributivas y Seguridad Social*, RL, nº 12, 1988.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La declaración de derechos sociales comunitarios*, RL, Tomo II, 1989.
- "Los Derechos Sociales en la dimensión europea", en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- "La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas", en AA.VV., *Pensiones no contributivas*, MTSS, Madrid, 1991.
- *La huida del Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 1992.
- *Colegios profesionales y Constitución*, RL, Tomo I, 1993.
- *Pensión de viudedad y divorcio*, RL, nº 11, 1995.
- M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El reconocimiento de los derechos sociales en la UE*, RL, nº 12, 1995.
- *Uniones de hecho y protección social*, RL, nº 23, 1996.
- *La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1996.
- "Uniones de hecho y protección social", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

- RL, nº 7, 1999.
- 96/71/CE, RL, Tomo II, 1999.
- RL, nº 1, 2000.
- CASAS BAAMONDE, *El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 2000.
- nº 8, 2001.
- Tomo II, 2001.
- en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.
- Autonomías*, RL, nº 8, 2003.
- agricultura*, RL, nº 12, 2003.
- 11, 2005. "
- *Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (II)*.
 - *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva*
 - *Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo*.
 - M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE, *El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo*, RL, Tomo I, 2000.
 - *Seguridad Social, maternidad y familia*, RL, nº 14, 2000.
 - *Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante*, RL, nº 8, 2001.
 - *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, RL, Tomo II, 2001.
 - "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.
 - *Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías*, RL, nº 8, 2003.
 - *La nueva renta agraria para los trabajadores eventuales de la agricultura*, RL, nº 12, 2003.
 - *La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo*, RL, nº 11, 2005.

M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO,

- PIÑERO ROYO, *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1993.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo*, RL, Tomo II, 1993.
 - "El periodo de prueba", REDT, nº 100, Tomo I, 2000.
 - A. RIVAS VAÑO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Orientación sexual y Derecho Europeo", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, MTAS, Madrid, 2001.

M.J. RODRÍGUEZ RAMOS,

- *El convenio 102 de la OIT de norma mínima de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, nº 98, 1990.
- M. TEROL BECERRA y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, "Constitución, extranjeros y Derecho del Trabajo", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.
- M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO,

- J.M. GÓMEZ MUÑOZ y P.T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea" y "Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea", en J. CRUZ VILLALÓN y T. PÉREZ DEL RÍO (Coord.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.

F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ,

- *Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa*, RPS, nº 96, 1972.
- F. DURÁN LÓPEZ, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y A. MARTÍN VALVERDE, *Evolución del Derecho de la Seguridad Social*, en Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.
- "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de*

fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999.

- A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Decimocuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ,

- J. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ y R. CURIEL CUETO, *Aspectos técnicos de la extensión del seguro social al campo*, RJSS, nº 2, 1952.

M. ROJAS CASTRO,

- *Subsidio familiar íntegro desde 1986 por los hijos en España y Portugal de los trabajadores españoles y portugueses empleados o parados en otro Estado Miembro*, RTSS, nº 3, 1991.

- *El Decretazo y el retorno de los emigrantes*, AS, Tomo V, 2002.

- *El seguro de cuidados alemán*, AS, nº 21, 2004.

- *Afiliación obligatoria al seguro de cuidados alemán de los pensionistas dobles, titulares de pensión de España y Alemania, residentes en España*, AS, nº 3, 2005.

E. ROJO TORRECILLA,

- *La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias*, TL, nº 17, 1990.

- "Protección Social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)", en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

A.M. ROMERO BURILLO,

- J. MORENO GENÉ, A.M. ROMERO BURILLO y A. PARDELL VEÀ, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1997.

- "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

- J. MORENO GENÉ, A. PARDELL VEÀ y A.M. ROMERO BURILLO, *Las becas de colaboración de los estudiantes universitarios: un conflicto laboral anunciado*, RDS, nº 9, 2000.

- *La regulación laboral y de Seguridad Social del trabajo transfronterizo*, RTSS (CEF), nº 205, 2000.

- J. MORENO GENÉ y A.M. ROMERO BURILLO, *El alcance subjetivo del programa de renta activa de inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva*, RTSS (CEF), nº 269-270, 2005.

A. ROMERO GALLARDO, *El caso Olsson y la futura profesionalización del balonmano español*, AL, nº 28, 1997.

M.J. ROMERO RÓDENAS, *SIDA y toxicomanías, un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Ibidem, Madrid, 1995.

R.P. RON LATAS,

- *Puntos críticos de las pensiones no contributivas por incapacidad y jubilación a la luz de la jurisprudencia laboral*, AS, nº 2, 1999.

- *La incompatibilidad de pensiones en el Sistema español de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000.

R. ROQUETA BUJ,

- *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos*, AL, nº 3, 1997.
- *Deportistas, entrenadores y técnicos deportivos: régimen jurídico aplicable*, Tribuna Social, nº 99, 1999.
- “La contratación administrativa de personal: evolución”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001.
- *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002.

F.P. ROSSI, *La previdenza sociale*. Sexta Edición, CEDAM, Pádova, 1998.

G. ROSSI,

- G. ROSSI y L. BOCCACIN, *¿Qué es el voluntariado?*, RMTAS, nº extraordinario, 2001.

S. RUANO ALBERTOS,

- *El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional*, Tribuna Social, nº 127, 2001.
- *Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios*, Tribuna Social, nº 178, 2005.
- S. RUANO ALBERTOS y M.A. VICENTE PALACIO, *Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión en la legislación española*, RMTAS, nº 57, 2005.

J. RUBELLIN-DEVICHI,

- J. RUBELLIN-DEVICHI (Dir.), *Des concubinages dans le monde*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990.

S. RUBINS, *La figura del socio empleado en la Seguridad Social*, Revista de Seguridad Social de la República Argentina, nº 178-180, 1983.

F. RUBIO SÁNCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002.

R. RUEDA VALDIVIA,

- M. MOYA ESCUDERO y R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003.

M.M. RUIZ CASTILLO,

- *Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»*, RL, Tomo II, 1991.
- M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado*, Justicia Laboral, nº 14, 2003.
- M.M. RUIZ CASTILLO y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Trabajo de voluntariado”, en J. GARCÍA MURCIA (Dir.), *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005.
- *El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del Derecho del Trabajo*, RDS, nº 30, 2005.

M. RUIZ CUESTA,

- M. RUIZ CUESTA y A.B. MUÑOZ RUIZ, "Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Gobierno de Cantabria, 2003.

A. RULL SABATER,

- *La Seguridad Social en España (I)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971.
 - *La Seguridad Social en España (II)*, Ediciones Euramérica, Madrid, 1971.
 - *La política social de España. Examen del pasado y perspectivas*, Revista de Trabajo, nº 46, 1974.
 - *Orígenes de la regionalización de la Seguridad Social en España*, RSS, nº 30, 1986.

A. RUMEU DE ARMAS, *Historia de la previsión social en España*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

V. RYS, *Los países de Europa central en vías de transición que ingresan a la Unión Europea: algunos problemas de protección social*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2-3, 2001.

J. SÁEZ, *Nueva Ley de Dependencia, cuarto pilar del Estado del Bienestar. Un paso más en los derechos de todos*, Revista MUFACE, nº 197.

J.A. SAGARDOY BENGOCHEA,

- *El ámbito subjetivo del trabajo familiar*, Cuadernos de Política Social, nº 57, 1963.
 - *La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa*, Documentación Administrativa, nº 71, 1963.
 - "El ámbito subjetivo de la Seguridad Social", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964.
 - *Un régimen especial de seguridad social: el de los Socios Trabajadores de Cooperativas de Producción*, RPS, nº 61, 1964.
 - J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *La condición jurídico-laboral de los jugadores profesionales de fútbol*, RISS, nº 3, 1973.
 - J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.
 - *Naturaleza jurídica del contrato del seleccionador nacional de fútbol y resolución anticipada de su contrato*, RL, Tomo I, 1994.
 - *Algunas notas sobre la crisis del régimen público de seguridad social*, REDT, nº 87, 1998.
 - J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.M. DEL VALLE VILLAR, J.L. GIL Y GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 2003.
 - J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y S. DEL REY GUANTER, *Prontuario de Seguridad Social*, Segunda Edición, Colex, Madrid, 2004.
 - *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004.

I. SAGARDOY DE SIMÓN,

- *La relación de trabajo de los empleados de los registros*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Notarios y Seguridad Social*, AS, nº 11, 2001.

Y. SAINT-JOURS,

- *Le droit de la Sécurité Sociale*, Tomo I, Segunda Edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984.
- *Traité de Sécurité Sociale*, Tomo IV, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984.

M. SAKSLIN,

- K. HELLSTEN, L. KALLIOMAA-PUHA, M. KOMU y M. SAKSLIN, *Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia*, RL, nº 17-18, 2004.

T. SALA FRANCO,

- *Personal auxiliar al servicio de notarias y registros de la propiedad*, Revista de Trabajo, nº 52, 1975.
- *El trabajo de los deportistas profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983.
- "La Seguridad Social y las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984
- *La nueva regulación laboral de los deportistas profesionales*, AL, nº 41, 1985.
- *La contratación temporal en la Administración Pública*, Poder Judicial, nº 3, 1986.
- *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico*, RL, Tomo I, 1986.
- J. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Naturaleza jurídica de la relación de los empleados de las cámaras de comercio, industria y navegación*, AL, nº 4, 1989.
- *La libre circulación de los trabajadores asalariados y la protección del emigrante*, AL, nº 31-32, 1989.
- *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990.
- M. COLINA ROBLEDO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos*, AL, nº 3, 1997.
- *El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, *La nueva regulación del RETA*, AL, nº 8, 2004.

P. SALAS MÉNDEZ, *¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del régimen especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico?*, AS, Tomo IV, 2001.

O. SALAZAR BENÍTEZ, "De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias", en A. FERNÁNDEZ LE GAL y S. GARCÍA CANO (Dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.

J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *La condición de ministro de culto y su incidencia en el régimen de cotización a la Seguridad Social: criterios para determinar la condición de ministro de culto*, AS, nº 9, 2001.

E. SALGADO MÉNDEZ, "Las pensiones de los funcionarios públicos", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

F. SALINAS MOLINA, *Graduado Social ejerciente por cuenta propia y ajena ¿debe afiliarse obligatoriamente en el RETA y RGSS?*, Información laboral (Jurisprudencia), nº 14, 2000.

J.L. SALMERÓN SILVERA,

- F. MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L. SALMERÓN SILVERA y J.C. ROCA PULIDO (Ed.), *Teletabajo. Una visión multidisciplinar*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998.

K. SALMINEN,

- H. NIEMELÄ y K. SALMINEN, *Social Security in Finland*,: [http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/\\$File/Social%20 security in Finland.pdf?openElement](http://193.209.217.5/in/internet/liite.nsf/NET/190504145700EK/$File/Social%20security%20in%20Finland.pdf?openElement).

F. SALVADOR PÉREZ,

- *Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social*, REDT, nº 43, 1990.

- *La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico (I) y (II)*, AL, nº 7 y 8, 1992.

- "Introducción", en AA.VV., "II Jornadas sobre la Comunidad Europea", Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

- F. SALVADOR PÉREZ y C. BLASCO RASERO, "Disposición Transitoria 8ª", en M.R. ALARCÓN CARACUEL (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

M. SAMANIEGO BONEU, *La unificación de los seguros sociales a debate*, MTSS, Madrid, 1988.

M. SAN MARTÍN CIDRIAÍN, *Comentario a la STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2000*, AS, nº 19, 2001.

C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Extinción del contrato por voluntad del trabajador antes de iniciar la prestación efectiva de trabajo: análisis crítico de la doctrina de los tribunales*, AS, nº 2, 2005.

L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuarta Edición, Madrid, 1984.

F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Vigésimo Primera Edición, McGraw Hill, Madrid, 1998.

J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN,

- *Reglas determinantes de la competencia judicial en materia laboral en el Derecho Comunitario*, TL, nº 65, 2002.

- *Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario*, RMTAS, nº 47, 2003.

J. SÁNCHEZ FIERRO, *Seguridad Social y directivos de empresa*, RL, nº 2, 1986.

F.J. SÁNCHEZ ICART,

- *La relación laboral de los trabajadores domésticos*, RTSS (CEF), nº 159, 1996.

- S. BELTRÁN MIRALLES y F.J. SÁNCHEZ ICART, *Administradores y socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas en el sistema de la Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 189, 1998.

M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El contrato individual de trabajo en el espacio internacional*, AS, nº 13, 2004.

S. SÁNCHEZ LORENZO,

- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1996.

D.A. SÁNCHEZ NAVARRO, *La inclusión en el campo de aplicación del RETA de trabajadores menores de 18 años emancipados*, AS, Tomo II, 2002.

C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO,

- *La configuración jurídica de las pensiones españolas en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento (CEE) 1408/1971, RL, nº 18, 1995.*

- *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997.

- *El impacto de la Sentencia "Cabanis" sobre la protección dispensada por el Derecho Comunitario a los familiares del trabajador migrante*, TL, nº 45, 1997.

- *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998.

- *La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz*, REDT, nº 95, 1999.

- *Responsabilidad patrimonial por incumplimiento del precontrato de trabajo*, TL, nº 60, 2001.

- "Crítica a la nueva regulación del subsidio para emigrantes retornados", en AA.VV., *Desempleo*, MTAS, Madrid, 2004.

- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y J.M. MIRANDA BOTO, *El subsidio para emigrantes retornados: cuestiones para un debate*, TL, nº 74, 2004.

- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los familiares del trabajador migrante y el derecho a la no discriminación en la jurisprudencia del TJCE*, Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, el 28 y 29 de mayo de 2004.

- *La prestación familiar en su modalidad contributiva. Exégesis a la nueva redacción del artículo 180 LGSS*, AS, nº 4, 2004.

- *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Laborum, Murcia, 2005.

- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.), *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia, 2005.

E. SÁNCHEZ TORRES, *El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?*, REDT, nº 110, 2002.

C. SÁNCHEZ TRIGUEROS,

- *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Universidad de Murcia, 1996.

- J. LUJÁN ALCARAZ y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los regímenes especiales de la Seguridad Social", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

- *El Tribunal Supremo zanja el caso «Mesalina»*, AS, nº 21, 2005.

Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA,

- "Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: su interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo X (1992)*, Civitas, Madrid, 1993.

- *Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad*, REDT, nº 58, 1993.

- *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.
 - *Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente*, AS, nº 5, 1999.
 - "Extranjeros y derecho a la asistencia sanitaria", en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII (2000)*, Civitas, Madrid, 2001.
 - A. MONTOYA MELGAR, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y A. CAMARA BOTÍA, *Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, RTSS (CEF), nº 230, 2002.
 - A. MONTOYA MELGAR y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La protección social pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico*, REDT, nº 120, 2003.
- M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR**, *De nuevo sobre los profesores de religión católica contratados por el Estado. Comentarios a los Acuerdos y Convenios suscritos entre el Estado español y la Santa Sede*, RGDTS (iustel), nº 3, www.iustel.com.
- W. SANGUINETI RAYMOND**, *La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?*, TL, nº 40, 1996.
- K.M. SANTIAGO REDONDO**, *Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibidem, Madrid, 1998.
- M.A. SANTOALLA MANSILLA**, *Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social*, REDT, nº 57, 1993.
- P. SANTOLAYA MACHETTI**, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- R. SASTRE IBARRECHE**, "Una importante reforma del Sistema de Seguridad Social: la Ley 26/1990, de 20 de diciembre", en J. ORTEGA ESTEBAN (Ed.), *Relaciones sociolaborales*, Universidad de Salamanca, 1993.
- J. SAVATIER**, *La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association*, Droit Social, nº 5, 2002.
- S. DEL SAZ**, *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- X. SCHEIL-ADLUNG**, *Seguridad Social para las personas dependientes en Alemania y otros países: entre la tradición y la innovación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1995.
- W. SCHMÄLL**,
- W. SCHMÄLL y S. HORTSMANN (Ed.), *Transformation of pension systems in central and eastern Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002.
- U. SCHNEIDER**, *El Seguro de Asistencia de Larga Duración de Alemania: diseño, implementación y evaluación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 2, 1999.
- P. SCHOUKENS**, "Atypical and marginal work: finding the balance between neutrally defined basic rules and professionally linked application rules", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.
- B. SCHULIN**, "Models and instruments of Social Security", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

B. SCHULTE,

- "Types of benefits and services", B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

- "Employment in the European Union-Trends and perspectives", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

S. SCIARRA, *Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, TL, nº 62, 2001.

E. SEGARRA TRÍAS, "El derecho de asilo y la condición de refugiado en España. Una lectura de la Ley 9/1994 de 19 de marzo, que modifica la Ley de Asilo de 26 de marzo de 1984". en C. PICÓ LORENZO (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Extranjeros*, CGPJ, Madrid, 1994.

I. SEGRELLES DE ARENAZA, "Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de bigamia", en AA.VV., *Política criminal y reforma penal*, EDERSA, Madrid, 1993.

S. SEGUES,

- S. SEGUES y A. TOULLIER, *L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales*, Droit Social, nº 6, 2005.

R. SELLAS I BENVINGUT,

- "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.

- *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

A. SELMA PEÑALVA,

- *Los becarios aparentes*, AS, nº 14, 2003.

- *Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública*, AS, nº 11, 2005.

A.V. SEMPERE NAVARRO,

- A.V. SEMPERE NAVARRO y F. OLIVARES FRANCO, *Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE*, RPS, nº 144, 1984.

- *Discriminación y trabajo femenino en la minería*, RL, Tomo I, 1987.

- *La preparación del contrato de trabajo*, DL, nº 34, 1991.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y J. LUJÁN ALCARAZ, *Una exclusión constitutiva y confusa: el personal de las cámaras de comercio preexistente a la Ley 3/1993*, TL, nº 28, 1993.

- A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO y A.V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994.

- "Prólogo", en G. L. BARRIOS BAUDOR, *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y G.L. BARRIOS BAUDOR, *La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social*, AS, Tomo V, 1998.

- A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, *El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- Abogacía*, AS, nº 1, 2000.
- *Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía*, AS, nº 1, 2000.
 - A.V. SEMPERE NAVARRO y G. BARRIOS BAUDOR, *Las pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
 - *La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET*, AS, nº 9, 2001.
 - A.V. SEMPERE NAVARRO y Y. CANO GALÁN, *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario*, AS, nº 19, 2001.
 - *Pabellones de conveniencia y Seguridad Social*, AS, nº 6, 2002.
 - A.V. SEMPERE NAVARRO y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Artículo 144", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *Comentarios a la LGSS*, Laborum, 2003.
 - "Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales", en AA.VV., *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2003.
 - *El RETA se mueve*, AS, nº 5, 2003.
 - *Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004*, AS, nº 9, 2004.
 - A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Sexta Edición, Aranzadi, Pamplona, 2005.
 - *Pensiones no contributivas y rendimiento por venta de acciones*, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 6, 2005.
 - "Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre", en J. MUERZA ESPARZA (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
 - *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos sociales*, AS, nº 6, 2005.

F.J. SENAC AZANZA, *La Seguridad Social en el año 1986. Estudio General*, Revista de Seguridad Social, nº 31, 1986.

A. SEOANE GARCÍA, *Pensión de viudedad y matrimonios irregulares*, RDS, nº 27, 2004.

N. SERRANO ARGÜELLO,

- F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

M. SERRANO ARGÜESO,

- "Las modificaciones de la Ley de Extranjería en los aspectos sociales ¿retroceso o adaptación al derecho europeo?", en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

- E. ALONSO RODRIGO, M. SERRANO ARGÜESO y G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social*, RTSS (CEF), nº 261, 2004.

E. SERRANO GUIRADO,

- *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950.

- M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

B. SESMA BASTIDA, *Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual*, AL, nº 6, 2005.

H. SIEBERT,

- M. FELDSTEIN y H. SIEBERT, *Social Security pension reform in Europe*. The University of Chicago Press, Chicago, 2002.

J.E. SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Prostitución y Código Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983.

X. SOLÀ MONELLS, *Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites*, Tribuna Social, nº 133, 2002.

R. DE SOLÓRZANO,

- R. DE SOLÓRZANO y V. RAMÍREZ, "Seguridad Social básica en El Salvador", en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.

M.A. SOLSONA VILLALBA, *Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social*, REDT, nº 73, 1995.

V. SORIANO GARCÉS, *El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes*, RISS, nº 2, 1978.

M.T. SOSA MANCHA, *Integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal que viniere percibiendo la acción protectora sustitutiva a través de la mutualidad de empleados de notarias*, AS, nº 14, 1999.

J.A. SOLER ARREBOLA,

- *La relación laboral especial penitenciaria*, Comares, Granada, 2000.
- *La Seguridad Social de los internos sujetos a la relación laboral especial penitenciaria: una regulación pendiente*, AL, nº 6, 2001.
- *El tardío desarrollo reglamentario laboral de la relación especial de los internos en prisiones*, TL, nº 63, 2002.

J.M. DE SOTO RIOJA,

- S. DE SOTO RIOJA y J.M. DE SOTO RIOJA, "La dispensa del alta en la pensión de viudedad", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

- *Becas formativas: ¿formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?*, TL, nº 54, 2000.

S. DE SOTO RIOJA,

- *Consejeros y administradores sociales, ¿autónomos para la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1999.

- S. DE SOTO RIOJA y J.M. DE SOTO RIOJA, "La dispensa del alta en la pensión de viudedad", en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Naturaleza y caracteres de los colegios profesionales: notas para una ley reguladora*, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

P. STALKER, *The work of strangers*, OIT, Ginebra, 1994.

B. SUÁREZ CORUJO,

- *STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una «novísima» asistencia social?*, RL, Tomo II, 2003.
- B. GONZALO GONZÁLEZ y B. SUÁREZ CORUJO, *La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad*, RL, nº 13, 2004.
- *Prestación económica por adopción múltiple*, AS, nº 20, 2005.
- T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI y B. SUÁREZ CORUJO, *La garantía de los derechos sociales en la Constitución Europea. La consagración de la dependencia como contingencia protegida por los sistemas de Seguridad Social*, RMTAS, nº 57, 2005.

F. SUÁREZ GONZÁLEZ,

- “Los orígenes de la Seguridad Social”, en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964.
- *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, Revista de Trabajo, nº 6, 1961.
- “Contrato de trabajo de las mujeres”, en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.
- *La Seguridad Social y la Constitución de 1978*, en Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.
- “Los deportistas profesionales”, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- “Contrato de trabajo de los menores”, en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965F. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Capacidad para contratar”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

A. SUPIOT,

- J. PÉLISSIER, A. SUPIOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Vigésima Edición, Dalloz, 2000.

N. TAKAYAMA, *Cobertura de pensiones para grupos que corren riesgos específicos: el caso del Japón*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 3, 1999.

P.A. TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Dykinson, Madrid, 1999.

E. TAMAGNO, *Coordinación de los programas de Seguridad Social entre países desarrollados y en desarrollo*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1994.

J.M. TAMARIT SUMALLA,

- J.M. TAMARIT SUMALLA y OTROS, *Curso de Derecho Penitenciario*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

G. TAMBURI, “Los sistemas de pensiones en la Europa de los 90”, en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

A. TAPIA HERMIDA,

- *La pensión de viudedad en el marco de la protección a la familia sin matrimonio o de hecho en el Sistema español de Seguridad Social*, RTSS (CEF), nº 105, 1991.
- *Prueba del derecho extranjero: entre una normativa cuestionable y una jurisprudencia desafortunada*, RTSS (CEF), nº 269-270, 2005.

M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR,

- *La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social*, AL, nº 39, 1998.

- *Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso*, Tribuna Social, nº 120, 2000.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería.*

- *Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002.* AL, nº 10, 2003.

E. TARANCÓN PÉREZ, "La prestación de invalidez no contributiva", en M.J. ROMERO RODENAS (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003.

J. TÁRRAGA POVEDA,

- *El sindicato como empleador. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002.

- *El derecho a desempleo de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad*, RDS, nº 26, 2004.

R. TASCÓN LÓPEZ,

- M.R. MARTÍNEZ BARROSO y R. TASCÓN LÓPEZ, *El extranjero "sin papeles" ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las SSTs de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la "Ley de extranjería"*, Información Laboral (Jurisprudencia), nº 14, 2004.

C. TATAY PUCHADES, *Génesis y evolución de la protección de los accidentes de trabajo*, Tribuna Social, nº 109, 2000.

T. TAURAN, *Droit de la Sécurité Sociale*, PUG, Grenoble, 2000.

J.I. TEJERINA ALONSO,

- J.I. TEJERINA ALONSO y P. DE LA PEÑA ROSINO, "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*, MTSS, Madrid, 1981.

- *La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas*, RSS, nº 31, 1986.

- *El acceso a la Seguridad Social de los agentes y subagentes de seguros*, RSS, nº 41, 1989.

- A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

A.V. TELYUKOV, "Institutional background for the reform of Social Security financing in Russia", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

M. TEROL BECERRA,

- M. TEROL BECERRA y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, "Constitución, extranjeros y Derecho del Trabajo", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.

J. THIBAUT ARANDA,

- J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Segunda Edición, CES, Madrid, 2001.

- F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y J. THIBAUT ARANDA, "El teletrabajo y la Seguridad Social", en AA.VV., *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.

M. THILL, *L'arrêt «Bosman» et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire «Bosman»*, Revue du Marché Unique Européen, nº 1/1996.

M.D. TOLDRÀ I ROCA, "La unión de las personas transexualizadas: límite jurisprudencial al «ius nubendi»", en AA.VV., J.M. MARTINELL y M.T. ARECES PIÑOL (Ed.), *Uniones de hecho*, Universidad de Lérida, Lérida, 1998.

G. TOMÁS MARTÍNEZ,

- E. ALONSO RODRIGO, M. SERRANO ARGÜESO y G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social*, RTSS (CEF), nº 261, 2004.

J. TOROLLO GONZÁLEZ,

- *Las relaciones laborales especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos*, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- *Los mediadores de seguros y su afiliación al RETA*, RMTAS, nº 34, 2002.

J. TORRENTS MARGALEF,

- *Las difusas fronteras de la exclusión del personal al servicio de las Administraciones Públicas: la laboralización en el empleo público*, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001.

- "La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes", en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

J.L. TORTUERO PLAZA,

- *Consideraciones sobre la internacionalización de la Seguridad Social española*, RPS, nº 122, 1979.

- "Técnicas de aplicación de los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con los países de la Comunidad Económica Europea", en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.

- *Sobre los efectos de la cotización del autónomo que no está en alta*, REDT, nº 37, 1989.

- *El subsidio por desempleo en los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad*, REDT, nº 41, 1990.

- "Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización", en AA.VV., *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1992.

- *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Fundación BBV, Bilbao, 1996.

- "Artículo 7", "Artículo 97" y "Artículo 98", en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

- *Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa*, Tribuna Social, nº 107, 1999.

- M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002.

- *Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres*, Tribuna Social, nº 154, 2003.

- "El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la carencia específica de la jubilación: cotizaciones computables para un requisito inexplicable". en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XX (2002)*, Civitas, Madrid, 2003.

- J.L. TORTUERO PLAZA y J.A. PANIZO ROBLES, "La protección por muerte y supervivencia", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

- "El sistema de pensiones: principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo", en J.L. MONEREO PÉREZ y J.I. GARCÍA NINET (Dir.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004.

- J.L. TORTUERO PLAZA y O. DEL ÁGUILA CAZORLA, *Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate*, RMTAS, nº 54, 2004.

D. TOSCANI GIMÉNEZ,

- J. LÓPEZ GANDÍA y D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social*, RL, nº 20, 2003.

M.J. TOUBES MORENO, "La Seguridad Social de los funcionarios de empleo", en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

A. TOULLIER,

- S. SEGUES y A. TOULLIER, *L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales*, Droit Social, nº 6, 2005.

M.J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, 1993.

P. TRENK-HINTERBERGER, "The range of persons covered by social security schemes", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern Europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

A. TRIER, "La protection sociale des agents publics en Danemark", en AA.VV., *La protection sociale des agents publics en Europe*, Documentation française, París, 1993.

M.L. TRINIDAD GARCÍA,

- M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

G. TUDELA CAMBRONERO, "Régimen Especial Agrario", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

J. TURNER,

- C. GILLION, J. TURNER, C. BAYLEY y D. LATULIPPE, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002.

M. UCELAY REPOLLÉS, *Previsión y seguros sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955.

R. URÍA, *Derecho Mercantil*, Vigésimo Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1995.

M. URRUTICOECHEA BARRUTIA, "Régimen Especial de los Trabajadores del Mar", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

T. USHAKOVA,

- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.M. DEL VALLE VILLAR, J.L. GIL Y GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 2003.

- J.L. GIL Y GIL y T. USHAKOVA, *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RL, nº 8, 2003.

J.J. DE VAL ARNAL,

- J.J. DE VAL ARNAL, B. BURDÍO ROMEO y J.A. CARRIZOSA VICENTE, *Una nueva integración en el Régimen General de la Seguridad Social: los empleados de notarias, y un problema: el haber de cesantía y la prestación por desempleo*, Tribuna Social, nº 68-69, 1996.

- "Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España", en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

A.L. DE VAL TENA,

- *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

- *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 2002.

- *El derecho de los extranjeros a la protección de la salud*, REDT, nº 109, 2002.

- *Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 abril 2002*, AL, nº 3, 2003.

B. VALAT, *Histoire de la Sécurité Sociale*, Economica, París, 2001.

Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Las prestaciones familiares", en L.E. DE LA VILLA GIL (Director), *Derecho de la Seguridad Social*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

A. VALDÉS ALONSO,

- «*Pluriactividad y doble situación de alta: sobre el concepto de actividad a efectos de encuadramiento*», RL, nº 6, 2001.

- *Situación «asimilada al alta» durante el cumplimiento de la sanción de suspensión de empleo y sueldo*, RL, 2001, Tomo I.

- *Tipología del trabajo autónomo*, DL, nº 70, 2004.

F. VALDÉS DAL-RÉ,

- "Regímenes Especiales del personal no funcionario al servicio de la Administración Pública", en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

- *Las cooperativas de producción*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1975.

- *Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado*, REDT, nº 1, 1980.
- “La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en AA.VV., *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- *Estado social y Seguridad Social*, RL, nº 22, 1994.
- *Estructura del Sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos*, RL, nº 17, nº 17, 1995.
- *El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro*, RL, nº 19, 1997.
- *Las tendencias de contractualización en el Sistema español de protección social*, RDS, nº 20, 2002.

M.D. VALDUEZA BLANCO,

- *Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales*, RL, nº 15-16, 2003.
- *Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros*, TL, nº 73, 2004.

J.M. DEL VALLE VILLAR,

- J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.M. DEL VALLE VILLAR, J.L. GIL Y GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 2003.

F.A. VALLE MUÑOZ,

- *El régimen jurídico laboral del empleado de finca urbana*, RTSS (CEF), nº 211, 2000.
- “Nueva regulación de las prestaciones familiares y modelo de familia: reflexiones para un debate abierto”, en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI JÁVEGA (Coord.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

R.M. VALLECILLO GÁMEZ,

- C. MOLINA NAVARRETE y R.M. VALLECILLO GÁMEZ, *El «derecho a» y las «políticas de» inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de «rentas activas de inserción»*, RTSS (CEF), nº 268, 2005

W. VAN GINNEKEN,

- “Superación de la exclusión social”, en W. VAN GINNEKEN, *Seguridad Social para la mayoría excluida. Estudio de casos de países en desarrollo*, OIT, 2000.
- *Seguridad Social para el sector informal: un nuevo desafío se presenta a los países en desarrollo*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999.

N. VAN HOLSTEIN, “La protección familiar en la Seguridad Social neerlandesa”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

S. VANSTEENKISTE, “La protección familiar en la Seguridad Social belga”, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (Coord.), *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES,

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Octava Edición, Dalloz, París, 2004.

M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Matrimonio poligámico, orden público y extranjería*, AL, nº 33, 2003.

M.J. VÁZQUEZ PENA, *Las cooperativas de segundo grado: peculiaridades societarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

F. VÁZQUEZ MATEO,

- *Trabajo marginal y Seguridad Social*, AL, nº 40, 1989.
- *La mujer casada como asalariada de su marido*, RL, nº 7, 2004.

A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Comares, Granada, 1997.

J. VEGAS TORRES,

- A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES y J. BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

J. VELARDE FUERTES,

- *El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: panorama político, social y económico que lo rodeó en España*, RMTAS, nº 24, 2000.

- *El Instituto de Reformas Sociales visto en 2003*, Foro de Seguridad Social, nº 11, 2004.

J.M. VENTURA PRAT, *Derecho de la Seguridad Social contributiva*, Tercera Edición, Bosch, Barcelona, 2001.

A. VENTURI, *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1995.

T. VELASCO PORTERO,

- P. MENÉNDEZ SABASTIÁN y T. VELASCO PORTERO, *La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género*, RTSS (CEF), nº 271, 2005.

A. VELÁZQUEZ BARÓN, *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001.

F. VELÁZQUEZ CURBELO, *Manual práctico de contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

F. DE VICENTE PACHÉS,

- "Algunas consideraciones sobre las prestaciones familiares en nuestro Sistema de Seguridad Social y en la negociación colectiva", en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Parte I, MTAS, Madrid, 1999.

- *Asistencia social y Servicios Sociales: Régimen de distribución de competencias*, Tribuna Social, nº 138, 2002.

- *Los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas de Seguridad Social: ¿Seguridad Social o Asistencia Social? El conflicto competencial Estado versus CCAA*, Tribuna Social, nº 156, 2003.

- *Breves consideraciones acerca de la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas*, Tribuna Social, nº 176-177, 2005.

M.A. VICENTE PALACIO.

- *Breve panorámica histórica del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Tribuna Social, nº 49, 1995.
- *Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, RTSS, nº 19, 1995.
- *Transexualidad y contrato de trabajo (breves consideraciones a propósito de la STJCE de 30 de abril de 1996)*, Tribuna Social, nº 67, 1996.
- *De nuevo sobre el derecho de los trabajadores del mar de nacionalidad marroquí a percibir prestaciones por desempleo por servicios prestados en España: aplicación preferente del Reglamento Comunitario 2211/1978, de 26 de septiembre, también en los casos de enrolamiento fundado en los Acuerdos de Pesca Unión Europea-Marruecos*, AS, nº 22, 2000.
- *Sobre el alcance o interpretación del concepto unidad económica de convivencia en las prestaciones no contributivas de Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 119, 2000.
- *De nuevo sobre la fragmentación y dispersión en las reformas de la Seguridad Social. La nueva reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Comentario al Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica*, RGDTSS (iustel), nº 3, www.iustel.com.
- *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- *La realización de actividad profesional como elemento determinante para la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social. Algunas consideraciones desde la perspectiva de la contributividad*, RTSS (CEF), nº 257-258, 2004.
- S. RUANO ALBERTOS y M.A. VICENTE PALACIO, *Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión en la legislación española*, RMTAS, nº 57, 2005.

J. VIDA FERNÁNDEZ, *El paso definitivo de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud*, AL, nº 2, 2005.

J. VIDA SORIA,

- "Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 193/63, de 28 de diciembre, que aprueba las bases para la reestructuración de la Seguridad Social española", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964.
- *Asistencia Social en el ordenamiento de la Seguridad Social española*, Revista de Trabajo, nº 1, 1968.
- *Régimen General y regímenes especiales en el Sistema de Seguridad Social española*, Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, nº 3, 1972.
- *Los regímenes especiales*, Papeles de Economía Española, nº 12-13, 1982.
- "La Seguridad Social en la Constitución de 1978", en AA.VV., *Jornadas Técnicas de Seguridad Social*, IELSS, Madrid, 1984.
- "La reforma de la Seguridad Social en España", en F.J. PRADOS DE REYES (Coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.
- "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de la Seguridad Social", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.
- *¿Qué fue eso de la Seguridad Social?*, RL, nº 22, 2001.

M. VIDAL GALLARDO, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.

M. VÍLCHEZ PORRAS,

- J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, "La protección de Seguridad Social a los alógenos", en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.), *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.

- M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Séptima Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

D. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"*, RGDTSS (iustel), nº 6, www.iustel.com.

J. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Los altos cargos y el Sistema de Seguridad Social: inclusiones y exclusiones, Régimen General y Régimen de Autónomos*, REDT, nº 76, 1996.

S. DE LA VILLA DE LA SERNA, *Pensión de viudedad y bigamia. Comentario a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003*, RGDTSS (iustel), nº 5, www.iustel.com.

L.E. DE LA VILLA GIL,

- "La previsión social de los socios de cooperativas industriales", en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. 3º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

- *Relaciones laborales de hecho*, Revista de Derecho del Trabajo (E. Pérez Botija), nº 47, 1961.

- *Sistemas para la cobertura del paro forzoso*, RISS, nº 6, 1961.

- *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las «relaciones laborales de hecho»*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, nº 14, 1962.

- "Limitaciones del régimen español de previsión social anterior a la Ley de Bases de 1963" y "Las causas de oposición a la Ley de Bases de la Seguridad Social", en AA.VV., *Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1964.

- "¿Contrato de trabajo de los penados?", en AA.VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1965.

- *La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo*, RPS; nº 71, 1966.

- "El Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de la Seguridad Social", "Limitaciones del sistema de previsión social de los funcionarios públicos del Estado", "La reforma del Estatuto en la función pública civil y la Seguridad Social de los funcionarios", "Configuración de un régimen especial de Seguridad Social para funcionarios civiles del Estado" y "La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado", en L.E. DE LA VILLA GIL, *Estudios sobre la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971.

- "Los deportistas y el Derecho del Trabajo", en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Volumen III, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1972.

- "La Seguridad Social de los funcionarios públicos civiles del Estado", en AA.VV., *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE. *Manual de Seguridad Social*, Segunda Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979.

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, "Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978 (Las relaciones laborales y la Seguridad Social)", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- *Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social*, DL, nº 1, 1981.

- L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *La reforma del Sistema español de Seguridad Social*, Segunda Edición, IESA, Madrid, 1985.

- L.E. DE LA VILLA GIL y E. JUANES FRAGA, *Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Revista de Trabajo, nº 90, 1988.

- L.E. DE LA VILLA GIL y J.R. MERCADER UGUINA, *Modelos. agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994.

- *Administradores sociales y Seguridad Social*, Tribuna Social, nº 88, 1998.

- “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000.

- L.E. DE LA VILLA GIL y L. LÓPEZ CUMBRE, *La inclusión en el Régimen General de los Trabajadores dedicados a la manipulación y comercialización del plátano*, Tribuna Social, nº 119, 2000.

- “El concepto de «trabajador»”, REDT, nº 100, Tomo I, 2000.

- *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, RMTAS, nº 32, 2001.

- “La reforma de la Seguridad Social”, en J. GARCÍA MURCIA (Coord.), *La legislación social en los albores del siglo XXI*, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2002.

- “Inmigración y Gobierno”, en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.

- “El contenido constitucional de la asistencia social”, en A. MONTOYA MELGAR, *El trabajo y la Constitución*, MTAS, Madrid, 2003.

- *El modelo constitucional de protección social*, AS, nº 3, 2004.

B. VILLALBA SALVADOR, *Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales*, AL, nº 11, 1998.

I. VILLAR CAÑADA,

- I. VILLAR CAÑADA y J. CUEVAS GALLEGO, “Las reformas de la Ley de Seguridad Social para el fin de la legislatura: comentario a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, a la Ley PGE (Ley 61/2003) y a la Ley 62/2003, MFAOS”, en C. MOLINA NAVARRETE (Coord.), *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, CEF, Madrid, 2004.

F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

J. M. VIÑAS ARMADA,

- J.L. MONEREO PÉREZ y J. M. VIÑAS ARMADA, “Artículo 125”, en J.L. MONEREO PÉREZ y M.N. MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

C. VIQUEIRA PÉREZ,

- F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del TC*, RL, nº 24, 1990.

- F. LÓPEZ-TARRUELLA y C. VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas, Madrid, 1991.

- F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad*, RL, nº 10, 1991.

K. VLEMINCKS,

- K. VLEMINCKS y J. BERGHMAN, “Labour market deregulation, non-standard employment and the reform of Social Security”, en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

C.L. WEAVER, *The crisis in Social Security. Economic and political origins*, Duke Press Policy Studies, Durham, 1982.

M. WEISBROT,

- D. BAKER y M. WEISBROT, *Social Security: the phony crisis*, University of Chicago, Chicago, 1999.

N. WIKELEY,

- A.I. OGUS, E.M. BARENDT y N. WIKELEY, *The Law of Social Security*, Cuarta Edición, Butterworths, Londres, 1995.

- "Marginal workers and Social Security in the United Kingdom", en AA.VV., *Social Security and the new work patterns. Atypical insurance careers*, MTAS, Madrid, 2003.

D. WILLIAMS, *Los trabajadores independientes: previsión para los que proveen a su propia ocupación*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 1, 1999.

C. WILLMANN, *Le contrat de professionnalisation: un vrai contrat de formation en alternance*, Droit Social, nº 7-8, 2004.

L. WIRTH,

- V. DI MARTINO y L. WIRTH, *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida*, Revista Internacional del Trabajo, volumen 109, nº 4, 1990.

J. YANINI BAEZA, *Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón*, Tribuna Social, nº 58, 1995.

U. ZACHERT, *Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, TL, nº 65, 2002.

J. ZAMORA, *El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España*, Revista de Derecho Privado, 1982.

R. ZATARAIN DEL VALLE,

- A. PALOMAR OLMEDA y R. ZATARAIN DEL VALLE, *La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989*, Revista de Trabajo, nº 99, 1990.

Y. ZHU, *Evolución reciente de las reformas de la Seguridad Social en China*, Revista Internacional de Seguridad Social, nº 4, 2002.

J.M. ZUGADÍA ESPINAR,

- J.M. ZUGADÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

M. ZUKOWSKI, "Transformation of the economic system and Social Security in central and eastern Europe", en B. VON MAYDELL & E.M. HOHNERLEIN, *The transformation of Social Security Systems in central and eastern europe*, Peeters Press, Lovaina, 1994.

ANEXO II: JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH Rees v. Reino Unido, de 17-10-1986: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STEDH B. v. Francia, de 25-3-1992: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STEDH Gaygusuz v. Austria, de 16 de septiembre de 1996: Prohibición de discriminación entre nacionales y extranjeros en las prestaciones de Seguridad Social vinculadas a previas cotizaciones.

STEDH Sheffield y Horsham v. Reino Unido, de 30-7-1998: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STEDH Christine Goodwin v. Reino Unido de 11-7-2002: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STEDH I. v. Reino Unido, de 11-7-2002: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STEDH Refah Partisi v. Turquía, de 13-2-2003: Limitaciones a la libertad religiosa por razones de orden público.

STEDH Koua Poirrez v. Francia, de 30-3-2003: Prohibición de discriminación entre nacionales y extranjeros en las prestaciones no contributivas.

STEDH Van Kück v. Alemania de 12-9-2003: Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE Nonnenmacher (de 9-6-1964, asunto 92/63): Aplicación concurrente de dos legislaciones de Seguridad Social.

STJCE Hagenbeek (de 13-7-1966, asunto 4/66): La intervención de la UE en materia de Seguridad Social se dirige a evitar las restricciones en la libre circulación.

STJCE Manpower (de 17-12-1970, asunto 35/70): Aplicación del Sistema de Seguridad Social a los trabajadores desplazados.

STJCE Kermaschek (de 23-11-1976, asunto 40/76): Derechos propios y derechos derivados de los familiares del trabajador a partir de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE Mouthaan (de 15-12-1976, asunto 39/76): Ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE Pierik (de 16-3-1978, asunto 117/77): Ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE Pierik (de 31-5-1979, asunto 182/78): Ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE Brunori (de 12-7-1979, asunto C-266/78): La fijación de los requisitos de acceso al Sistema de Seguridad Social y a sus prestaciones es competencia de cada Estado Miembro.

STJCE Coonan (de 24-4-1980, asunto C-110/79): La fijación de los requisitos de acceso al Sistema de Seguridad Social y a sus prestaciones es competencia de cada Estado Miembro.

- STJCE Kuijpers (de 23-9-1982, asunto 276/81): Unicidad de la legislación aplicable que derive de la aplicación de la norma de conflicto.
- STJCE Ten Holder (de 12-6-1984, asunto 302/84): Consecuencias de la pérdida de la residencia en materia de Seguridad Social.
- STJCE Luijten (de 10-6-1986, asunto 60/85): Las normas de conflicto comunitarias prevalecen sobre las reglas internas sobre ley aplicable.
- STJCE Horst Miethé (de 12-6-1986, asunto 1/85): La ley aplicable a la que remite la norma de conflicto puede ser la menos favorable de las implicadas.
- STJCE Rijke-Van Gent (de 24-9-1987, asunto C- 43/86): La fijación de los requisitos de acceso al Sistema de Seguridad Social y a sus prestaciones es competencia de cada Estado Miembro.
- STJCE Gatto (de 22-2-1990, asunto C-12/89): Concesión de la prestación por hijo a cargo sin convivencia de padres e hijos en el mismo Estado.
- STJCE Bestuur (de 3-5-1990, asunto C-2/89): Las normas de conflicto comunitarias prevalecen sobre las reglas internas sobre ley aplicable.
- STJCE Kziber (de 31-1-1991, Asunto C-18/90): Equiparación de los nacionales de Marruecos con los ciudadanos comunitarios en materia de Seguridad Social.
- STJCE Noij (de 21-2-1991, 140/88): Consecuencias de la pérdida de la residencia en materia de Seguridad Social.
- STJCE Daalmeijer (de 21-2-1991, asunto 245/88): Consecuencias de la pérdida de la residencia en materia de Seguridad Social.
- STJCE Petit (de 22-9-1992, asunto C-153/91): Las normas de coordinación comunitaria no se aplican si todos los elementos del caso se localizan en el mismo Estado Miembro.
- STJCE Comisión v. Luxemburgo (de 10-3-1993, asunto C-111/91): Compatibilidad con el Derecho comunitario de la residencia como requisito de acceso a prestaciones.
- STJCE Van Poucke (de 24-3-1994, asunto C-71/93): Interpretación de las normas de conflicto de los Reglamentos comunitario de Seguridad Social.
- STJCE Yousfi (de 20-4-1994, Asunto C-58/93): Equiparación de los nacionales de Marruecos con los ciudadanos comunitarios en materia de Seguridad Social.
- STJCE Calle Grenzshop Andresen (de 16-2-1995, asunto C-425/93): Interpretación de las normas de conflicto de los Reglamentos comunitario de Seguridad Social.
- STJCE Krid (de 5-4-1995, asunto C-103/94): Equiparación de los nacionales de Argelia con los ciudadanos comunitarios en materia de Seguridad Social.
- STJCE Vougioukas (de 22-11-1995, asunto 443/1993): Ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.
- STJCE Nolte (de 14-12-1995, asunto C-317/93): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.
- STJCE Megner and Scheffel (de 14-12-1995, asunto C-444/93): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.
- STJCE Bosman (de 15-12-1995, asunto C-415/93): Igualdad de trato entre deportistas comunitarios.

STJCE Posthuma-van Damme and Oztürk (de 1-2-1996, asunto C-280/94): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STJCE Laperre (de 8-2-1996, asunto C-8/94): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STJCE Cabanis (de 30-4-1996, asunto C-308/93): Derechos propios y derechos derivados de los familiares del trabajador a partir de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE Hallouzi-Choho (de 3-10-1996, Asunto C-126/95): Equiparación de los nacionales de Marruecos con los ciudadanos comunitarios en materia de Seguridad Social.

STJCE Hoever y Zachow (de 10-10-1996, asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94): Derechos propios y derechos derivados de los familiares del trabajador a partir de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

STJCE *Snares* (de 4-11-1997, asunto C-20/96): La fijación de los requisitos de acceso a prestaciones es competencia de cada Estado Miembro.

STJCE Molenaar (de 5-3-1998, asunto C-160/96): Derecho de los extranjeros a prestaciones no contributivas en un Estado distinto al de residencia.

STJCE Martínez Sala (de 12-5-1998, asunto C-85/96): Concepto de prestación de Seguridad Social en el Derecho Comunitario.

STJCE Swaddling (de 25-2-1999, asunto C-90/1997): Compatibilidad con el Derecho comunitario de la residencia como requisito de acceso a prestaciones.

STJCE Sürül (de 4-5-1999, Asunto C-262/1996): Igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre los trabajadores comunitarios y los nacionales de Turquía.

STJCE Schröder (de 10-2-2000, asunto C-50/96): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STJCE Jauch (de 8-3-2001, asunto C-215/99): Derecho de los extranjeros a prestaciones no contributivas en un Estado distinto al de residencia.

STJCE Fahmi (de 20-3-2001, asunto C-33/99): Concesión de la prestación por hijo a cargo sin convivencia de padres e hijos en el mismo Estado.

STJCE Khalil, Chaaban y Osseili (de 11-10-2001, asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99): Las normas de coordinación comunitaria no se aplican si todos los elementos del caso se localizan en el mismo Estado Miembro.

STJCE Jany (de 20-11-2001, asunto C-268/99): La prostitución es una actividad económica en el sentido de las normas comunitarias.

STJCE Päivikki (de 7-11-2002, asunto C-333/00): Concepto de prestación de Seguridad Social en el Derecho Comunitario.

STJCE Steinicke (de 11-9-2003, asunto C-77/2002): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

SSTJCE Schönheit y Becker (de 23-10-2003, asuntos acumulados C-4/2002 y C-5/2002): Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STJCE Kristiansen (de 4-12-2003, asunto C-92/02): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.

STJCE y Collins (de 23-3-2004, asunto C-138/02): La fijación de los requisitos de acceso al Sistema de Seguridad Social y a sus prestaciones es competencia de cada Estado Miembro.

STJCE *Ripa di Meana* (de 29-4-2004, asunto C-470/00P): Carácter voluntario del fondo de vejez de los Diputados del Parlamento Europeo

STJCE Adánez-Vega (de 11-11-2004, asunto C-372/02): Consecuencias en materia de Seguridad Social del cumplimiento del servicio militar en un Estado diferente al de trabajo.

STJCE Laurin Effing (de 20-1-2005, asunto C-302/02): Consecuencias en materia de Seguridad Social del traslado de un recluso a otro Estado.

STJCE Dogan (de 7-7-2005, asunto C-383/03): Permanencia en el mercado laboral de un extranjero condenado a pena de prisión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 38/1981, de 23 de noviembre: Eficacia de los convenios de la OIT en el ordenamiento español.

STC 72/1983, de 29 de julio: Naturaleza jurídica de las cooperativas

STC 103/1983, de 22 de noviembre: Inconstitucionalidad de las diferencias por razón de sexo no justificadas.

STC 104/1983, de 23 de noviembre: Igualdad y no discriminación en la dispensación de la acción protectora.

STC 107/1984, de 23 de noviembre: Constitucionalidad de la diferencia de trato entre extranjeros en función de la situación regular o irregular.

STC 67/1985, de 24 de mayo: Las federaciones deportivas son sujetos privados que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

STC 134/1987, de 21 de julio: La solidaridad en el Sistema de Seguridad Social.

STC 109/1988, de 8 de junio: Inconstitucionalidad de las diferencias por razón de sexo no justificadas.

STC 173/1988, de 3 de octubre: Constitucionalidad de las diferencias entre regímenes especiales si responden a una causa objetiva, razonable y justificada.

STC 253/1988, de 20 de diciembre: Inconstitucionalidad de las diferencias por razón de sexo no justificadas.

STC 89/1989, de 11 de mayo: Constitucionalidad de la colegiación obligatoria.

STC 90/1989, de 11 de mayo: Constitucionalidad de medidas limitadas geográficamente.

STC 124/1989, de 7 de julio: Distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social.

STC 172/1989, de 19 de octubre: Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.

STC 100/1990, de 30 de mayo: La solidaridad en el Sistema de Seguridad Social.

STC 184/1990, de 15 de noviembre: La situación de necesidad en el Sistema de Seguridad Social.

STC 79/1991, de 15 de abril: Los empleados de hogar que reúnan las notas de trabajo asalariado no pueden ser excluidos del Sistema de Seguridad Social.

STC 92/1991, de 6 de mayo: Los empleados de hogar que reúnan las notas de trabajo asalariado no pueden ser excluidos del Sistema de Seguridad Social.

STC 145/1991, de 1 de julio: Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STC 244/1991, de 16 de diciembre: Constitucionalidad de las mutualidades de previsión social de afiliación obligatoria.

STC 2/1992, de 13 de enero: Los empleados de hogar que reúnan las notas de trabajo asalariado no pueden ser excluidos del Sistema de Seguridad Social.

STC 29/1992, de 30 de marzo: Constitucionalidad de las diferencias entre regímenes especiales si responden a una causa objetiva, razonable y justificada.

STC 39/1992, de 30 de marzo: Naturaleza de las cotizaciones a la Seguridad Social.

STC 59/1992, de 23 de abril: Los empleados de hogar que reúnan las notas de trabajo asalariado no pueden ser excluidos del Sistema de Seguridad Social.

STC 3/1993, de 14 de enero: Tendencia universalista del Sistema de Seguridad Social.

STC 17/1993, de 18 de enero: Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.

STC 35/1993, de 8 de febrero: Constitucionalidad de la colegiación obligatoria.

STC 47/1993, de 8 de febrero: Igualdad y no discriminación entre el matrimonio y las uniones de hecho.

STC 94/1993, de 22 de marzo: Inexistencia del derecho a la inmigración.

STC 184/1993, de 31 de mayo: Constitucionalidad de las diferencias entre regímenes especiales si responden a una causa objetiva, razonable y justificada.

STC 377/1993, de 20 de diciembre: Constitucionalidad de las diferencias entre regímenes especiales si responden a una causa objetiva, razonable y justificada.

STC 37/1994, de 10 de febrero: La Seguridad Social es un derecho de configuración legal supeditado a las disponibilidades económicas.

STC 63/1994, de 28 de febrero: Naturaleza jurídica de la relación de los religiosos con su congregación

STC 38/1995, de 13 de febrero: El derecho a la Seguridad Social es un derecho de configuración legal.

STC 77/1995, de 22 de mayo: La Seguridad Social es un derecho de configuración legal supeditado a las disponibilidades económicas.

STC 130/1995, de 11 de septiembre: Alcance y condiciones de la reciprocidad en materia de Seguridad Social.

STC 195/1996, de 28 de noviembre: Distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social.

STC 182/1997, de 28 de octubre: Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STC 227/1998, de 26 de noviembre: Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.

STC 9/1999, 8 de febrero: Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.

STC 95/2000, de 10 de abril: Derechos de los extranjeros en materia laboral y de Seguridad Social.

STC 27/2001, de 29 de enero: Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.

STC 46/2001, de 15 de febrero: Inscripción de confesiones religiosas en el Registro de Entidades Religiosas.

STC 128/2001, de 4 de junio: Naturaleza de la relación del ministro de culto con su Iglesia o confesión religiosa.

STC 180/2001, de 17 de septiembre: Equiparación al matrimonio de la convivencia de hecho en materia de Seguridad Social.

STC 53/2002, de 27 de febrero: Efectos de la condición de refugiado.

STC 116/2002, de 20 de mayo: Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.

STC 197/2003, de 30 de octubre: Rasgos constitucionales del Sistema de Seguridad Social

STC 34/2004, de 8 de marzo: Aplicación del derecho extranjero en un proceso judicial.

STC 44/2004, de 23 de marzo: Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los cargos sindicales.

STC 98/2004, de 25 de mayo: Distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de Seguridad Social.

STC 253/2004, de 22 de diciembre: Discriminación por razón de sexo de medidas aparentemente neutras.

STC 72/2005, de 4 de abril: Inexistencia del derecho a la inmigración.

STC 88/2005, de 18 de abril: Constitucionalidad del trato diferente en materia de Seguridad Social entre los ministros de culto y los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica.

STC 234/2005, de 26 de septiembre: Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los cargos sindicales.

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 11-10-1941 (Ar. 1104): Carácter laboral de la relación jurídica de los deportistas profesionales.

STS de 21-1-1941 (Ar. 47): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad.

STS de 5-6-1962 (Ar. 2447): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los trabajadores con contrato nulo; responsabilidad civil del empresario.

STS de 21-6-1965 (Ar. 3314): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los trabajadores con contrato nulo; responsabilidad civil del empresario.

STS (Civil) de 16-10-1965 (Ar. 4468): Efectos del incumplimiento del precontrato.

STS de 22-6-1966 (Ar. 2809): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 10-1-1967 (Ar. 631): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los trabajadores con contrato nulo; responsabilidad civil del empresario.

STS de 24-5-1968 (Ar. 2821): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 11-7-1970 (Ar. 3489): Aplicación del Sistema de Seguridad Social a los trabajadores desplazados.

STS de 15-6-1972 (Ar. 3130): Exclusión del Sistema del trabajo marginal.

STS de 3-11-1972 (Ar. 5435): Diferencia entre el deportista profesional y amateur.

- STS de 13-4-1973 (Ar. 1857): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS de 3-6-1975 (Ar. 2691): Relevancia del criterio territorial en materia de Seguridad Social.
- STS 10-10-1975 (Ar. 3791): Diferencia entre el deportista profesional y amateur.
- STS de 14-10-1978 (Ar. 3119): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 7-11-1979 (Ar. 3973): Asimilación al alta de los perceptores de servicios o auxilios económicos de asistencia social.
- STS (Cont-Adv.) de 26-2-1981 (Ar. 1165): Exclusión del Sistema del trabajo marginal.
- STS de 3-3-1981 (Ar. 1301). Relación laboral en actividades de alterne.
- STS de 20-4-1981 (Ar. 1761): Aplicación del Sistema de Seguridad Social a los trabajadores desplazados.
- STS (Cont-Adv.) de 24-11-1981 (Ar. 5296): Equiparación de los miembros del gobierno de Ceuta y Melilla con los miembros de corporaciones locales.
- STS de 24-4-1982 (Ar. 2518): Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.
- STS de 17-5-1982 (Ar. 3385): Caracteres de los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 19-10-1982 (Ar. 6195): Carácter laboral de la relación jurídica de los deportistas profesionales.
- STS de 12-11-1982 (Ar. 6690): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS de 28-1-1983 (Ar. 143): Carácter laboral de la relación jurídica de los deportistas profesionales.
- STS de 23-2-1983 (Ar. 849): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS de 7-3-1983 (Ar. 1112): Naturaleza de la relación de los corresponsales no banqueros.
- STS de 9-3-1983 (Ar. 1129): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS de 10-3-1983 (Ar. 1137): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS de 21-6-1983 (Ar. 3031): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS de 21-12-1983 (Ar. 6398): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS de 25-2-1984 (Ar. 923): Relación laboral en actividades de alterne
- STS de 2-3-1984 (Ar. 1507): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS de 9-3-1984 (Ar. 1544): Naturaleza jurídica del precontrato.
- STS de 4-4-1984 (Ar. 2032): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.
- STS de 6-4-1984 (Ar. 2046): Las reglas laborales sobre capacidad contractual deben complementarse con las civiles.
- STS de 27-6-1984 (Ar. 3963): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 11-7-1984 (Ar. 4154): Inclusión de los altos cargos en el Régimen General.
- STS de 23-1-1985 (Ar. 89): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 12-3-1985 (Ar. 1318): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.

STS de 14-5-1985 (Ar. 2710): A efectos laborales y de Seguridad Social los preparadores físicos son deportistas profesionales.

STS de 14-5-1985 (Ar. 2712): Relación laboral en actividades de alterne.

STS de 24-5-1985 (Ar. 5201): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 16-9-1985 (Ar. 4308): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.

STS (Cont-Adv.) de 25-9-1985 (Ar. 5129): Conductas contrarias a la moral pública.

STS de 18-10-1985 (Ar. 5165): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 30-10-1985 (Ar. 5246): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 20-11-1985 (Ar. 5821): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 20-12-1985 (Ar. 6166): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS de 16-1-1986 (Ar. 232): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros y notarías.

STS (Penal) de 31-1-1986 (Ar. 212): Delito de bigamia.

STS de 8-3-1986 (Ar. 1278): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 17-4-1986 (Ar. 2193): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros y notarías.

STS de 28-4-1986 (Ar. 2258): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 28-4-1986 (Ar. 2259): Nulidad del contrato imputable al trabajador.

STS de 8-5-1986 (Ar. 2508): El ejercicio de las funciones meramente dominicales o de titularidad fiscal del negocio no justifican el acceso al Sistema.

STS de 13-5-1986 (Ar. 2546): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS (Cont-Adv.) de 21-7-1986 (Ar. 5538): Inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los profesionales colegiados con anterioridad a la Ley 30/1995.

STS de 20-10-1986 (Ar. 5859): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 16-12-1986 (Ar. 7491): Relación orgánica y no laboral de los cargos sindicales.

STS (Cont-Adv.) de 20-1-1987 (Ar. 2733): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 3-2-1987 (Ar. 769): Incompatibilidad del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad con la condición de beneficiario de prestaciones por incapacidad.

STS de 9-2-1987 (Ar. 809): Aplicación del Sistema de Seguridad Social a los trabajadores desplazados.

STS (Cont-Adv.) de 10-2-1987 (Ar. 583): Inclusión en el Régimen General de los funcionarios de la Administración Institucional.

- STS de 23-2-1987 (Ar. 1092): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS de 7-4-1987 (Ar. 2364): Relación orgánica y no laboral de los cargos sindicales.
- STS (Cont-Adv.) de 24-4-1987 (Ar. 4753): Naturaleza de la relación de los corresponsales no banqueros.
- STS de 30-4-1987 (Ar. 2845): Exclusión del Sistema de los trabajos no habituales por cuenta propia.
- STS de 1-6-1987 (Ar. 4078): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS (Civil) de 2-7-1987 (Ar. 5045): Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.
- STS de 28-9-1987 (Ar. 6402): Sustitución del trabajador sin ruptura del vínculo laboral ni nacimiento de nuevo contrato.
- STS de 6-10-1987 (Ar. 6841). Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.
- STS de 21-10-1987 (Ar. 7172): Relación laboral en actividades de alterne.
- STS de 26-10-1987 (Ar. 7191): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 3-11-1987 (Ar. 7797): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.
- STS de 17-11-1987 (Ar. 8007): El contrato de trabajo se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- STS de 23-11-1987 (Ar. 8045): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.
- STS de 11-12-1987 (Ar. 8890): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.
- STS (Cont-Adv.) de 21-12-1987 (Ar. 9582): El encuadramiento en el RETA requiere que el trabajo por cuenta propia constituya la principal actividad del trabajador.
- STS de 8-2-1988 (Ar. 787): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS (Cont-Adv.) de 15-2-1988 (Ar. 1139): Exclusión del Sistema del trabajo marginal.
- STS de 16-3-1988 (Ar. 2302): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 9-5-1988 (Ar. 3582): Consecuencias de los pabellones de conveniencia sobre el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.
- STS (Cont-Adv.) de 9-5-1988 (Ar. 4074): Requisitos para la concesión del asilo.
- STS de 16-5-1988 (Ar. 3631): Caracteres de los trabajos de colaboración social.
- STS de 23-5-1988 (Ar. 4271): Naturaleza jurídica del precontrato.
- STS de 13-6-1988 (Ar. 5270): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.
- STS de 22-6-1988 (Ar. 6030): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.
- STS de 1-7-1988 (Ar. 5731): Relación laboral en el trabajo para un sindicato.

STS de 4-7-1988 (Ar. 5739): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS (Cont-Adv.) de 15-7-1988 (Ar. 5902): Constitucionalidad de las mutualidades de previsión social de afiliación obligatoria.

STS de 15-7-1988 (Ar. 6867): Caracteres de los trabajos de colaboración social.

STS de 26-7-1988 (Ar. 5929): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 27-7-1988 (Ar. 6259): Caracteres de los trabajos de colaboración social.

STS de 16-9-1988 (Ar. 6907): Inclusión en el RETA de los Graduados Sociales.

STS (Cont-Adv.) de 17-10-1988 (Ar. 7695): Encuadramiento de los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.

STS de 21-10-1988 (Ar. 7735): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 24-10-1988 (Ar. 10109): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 30-10-1988 (Ar. 8183): Naturaleza jurídica del precontrato.

STS de 7-12-1988 (Ar. 9338): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 17-1-1989 (Ar. 255): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS de 26-1-1989 (Ar. 302): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS de 20-2-1989 (Ar. 908): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS de 3-3-1989 (Ar. 1993): Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STS de 6-3-1989 (Ar. 1794): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STS de 15-3-1989 (Ar. 2414): Condiciones de validez del contrato de trabajo de extranjeros.

STS de 13-4-1989 (Ar. 2967): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STS (Penal) de 3-7-1989 (Ar. 6052): Delito de bigamia.

STS de 20-10-1989 (Ar. 6987): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS (Civil) de 13-12-1989 (Ar. 8824): Efectos del incumplimiento del precontrato.

STS de 23-1-1990 (Ar. 197): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.

STS de 14-2-1990 (Ar. 1087): A efectos laborales y de Seguridad Social los preparadores físicos son deportistas profesionales.

STS de 16-2-1990 (Ar. 754): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 19-2-1990 (Ar. 1116): Consecuencias de los pabellones de conveniencia sobre le campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

STS de 27-2-1990 (Ar. 1241): Efectos de la extinción del contrato de alta dirección.

STS (Cont-Adv.) de 5-3-1990 (Ar. 1861): Requisitos para la concesión del asilo.

STS de 19-3-1990 (Ar. 2174): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros, notarias y cámaras oficiales.

STS (Cont-Adv.) de 4-5-1990 (Ar. 3717): Exclusión del Sistema de los deportistas profesionales.

STS de 28-5-1990 (Ar. 4506): A efectos laborales y de Seguridad Social los preparadores físicos son deportistas profesionales.

STS (Cont-Adv.) de 7-6-1990 (Ar. 4773): Requisitos para la concesión del asilo.

STS de 3-7-1990 (Ar. 6048): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros, notarias y cámaras oficiales.

STS (Cont-Adv.) de 11-7-1990 (Ar. 6028): Naturaleza jurídica de la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS de 16-7-1990 (Ar. 6404): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros, notarias y cámaras oficiales.

STS (Cont-Adv.) de 29-11-1990 (Ar. 8498): Encuadramiento de los administradores de cooperativas.

STS (Cont-Adv.) de 12-12-1990 (Ar. 9636): Naturaleza administrativa del contrato de los profesores ayudantes y asociados con anterioridad a la LOU.

STS (Cont-Adv.) de 12-12-1990 (Ar. 621/1991): Encuadramiento de los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.

STS de 4-3-1991 (Ar. 2100): Efectos del trabajo prestado en actividades o zonas geográficas no permitidas por la autorización de trabajo.

STS de 15-3-1991 (Ar. 4167): Naturaleza jurídica del precontrato.

STS de 27-3-1991 (Ar. 5647): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STS (Civil) de 19-4-1991 (Ar. 2725): Derecho de los transexuales a contraer matrimonio.

STS de 23-5-1991 (Ar. 4197): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS (Cont-Adv.) de 28-5-1991 (Ar. 4215): Obligación de cotizar por el extranjero en situación irregular.

STS de 31-5-1991 (Ar. 3930): Naturaleza de la relación de los corresponsales no banqueros.

STS de 3-6-1991 (Ar. 5123): Naturaleza mercantil del vínculo que une al consejero con la sociedad.

STS (Cont-Adv.) de 17-6-1991 (Ar. 5117): Encuadramiento de los funcionarios transferidos a las CCAA.

STS de 20-6-1991 (Ar. 5056): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

- STS (Cont-Adv.) de 16-7-1991 (Ar. 5996): Inclusión en el Sistema de los deportistas profesionales.
- STS de 26-7-1991 (Ar. 6839): Ejercicio efectivo de una actividad por cuenta propia como exigencia de acceso al Sistema.
- STS de 31-7-1991 (Ar. 6413): Relación laboral especial de los médicos internos residentes.
- STS (Cont-Adv.) de 13-11-1991 (Ar. 8394): Inclusión en el Régimen General del personal sujeto a una relación de Derecho Administrativo.
- STS de 20-11-1991 (Ar. 8255): Sólo es posible una declaración de incapacidad permanente si se reconoce la prestación económica.
- STS de 10-12-1991 (Ar. 9045): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros, notarías y cámaras oficiales.
- STS (Cont-Adv.) de 30-6-1992 (Ar. 5198): Encuadramiento de los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.
- STS de 13-7-1992 (Ar. 5610): Carácter laboral de la relación del personal que preste servicios para una cámara oficial de comercio, industria y navegación.
- STS (Cont-Adv.) de 18-7-1992 (Ar. 6476): Constitucionalidad de las mutualidades de previsión social de afiliación obligatoria.
- STS de 21-7-1992 (Ar. 6245): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 31-7-1992 (Ar. 8898): Sustitución del trabajador sin ruptura del vínculo laboral ni nacimiento de nuevo contrato.
- STS (Cont-Adv.) de 23-9-1992 (Ar. 6944): El ejercicio de las funciones meramente dominicales o de titularidad fiscal del negocio no justifican el acceso al Sistema.
- STS de 19-11-1992 (Ar. 8823): Sustitución del trabajador sin ruptura del vínculo laboral ni nacimiento de nuevo contrato.
- STS de 22-12-1992 (Ar. 10354): Ejercicio efectivo de una actividad por cuenta propia como exigencia de acceso al Sistema.
- STS (Civil) de 27-5-1993 (Ar. 2985): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS (Cont-Adv.) de 16-7-1993 (Ar. 5645): Legalidad del RD 1633/1985, de 28 de agosto, por el que se establece la cuantía de la cuota e incompatibilidades de las prestaciones del Régimen Especial de Estudiantes.
- STS de 23-11-1993 (Ar. 9035): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 22-12-1993 (Ar. 9981): Consecuencias en la relación laboral de la pérdida de la autorización administrativa para realizar la actividad.
- STS de 19-1-1994 (Ar. 304): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS (Civil) de 15-2-1994 (Ar. 1316): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.
- STS 18-2-1994 (Ar. 2480): Límite de rentas en las prestaciones familiares.
- STS (Cont-Adv.) de 2-3-1994 (Ar. 1720): Inclusión en el Sistema de los deportistas profesionales.

- STS (Civil) de 3-6-1994 (Ar. 4576): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS de 14-6-1994 (Ar. 5435): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS (Civil) de 19-6-1994 (Ar. 6698): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS de 16-7-1994 (Ar. 6671): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 21-12-1994 (Ar. 10349): Conservación de la prestación por desempleo durante la vigencia de la autorización de residencia.
- STS de 30-12-1994 (y Ar. 10528): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 20-1-1995 (Ar. 393): Asimilación al alta de los beneficiarios de prestaciones de IT o maternidad.
- STS de 24-2-1995 (Ar. 2557): Inconstitucionalidad de las diferencias por razón de sexo no justificadas.
- STS de 18-4-1995 (Ar. 3347): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 2-5-1995 (Ar. 4172): Exclusión del Sistema de los trabajos no habituales por cuenta propia.
- STS de 2-5-1995 (Ar. 4173): Exclusión del Sistema de los trabajos no habituales por cuenta propia.
- STS de 16-5-1995 (Ar. 4068): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 16-5-1995 (Ar. 7577): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.
- STS de 8-6-1995 (Ar. 4649): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 8-6-1995 (Ar. 4770): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 14-6-1995 (Ar. 4657): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 19-6-1995 (Ar. 5204): La calificación jurídica de un determinado negocio depende de sus caracteres y no de la denominación efectuada por las partes.
- STS de 20-6-1995 (Ar. 5043): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.
- STS de 20-6-1995 (Ar. 5360): Derechos y obligaciones del trabajador en caso de imposibilidad en la prestación de servicios.
- STS de 21-6-1995 (Ar. 10065): Asimilación al alta de los beneficiarios de prestaciones de IT o maternidad.
- STS de 22-6-1995 (Ar. 5363): Derechos y obligaciones del trabajador en caso de imposibilidad en la prestación de servicios.
- STS de 26-6-1995 (Ar. 5365): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.
- STS de 3-7-1995 (Ar. 5472): Naturaleza jurídica de la Mutuality de Empleados de Notarías.
- STS de 10-7-1995 (Ar. 5918): Naturaleza jurídica de la Mutuality de Empleados de Notarías.
- STS de 17-7-1995 (Ar. 6266). Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

- STS de 21-7-1995 (Ar. 5948): Relación laboral en actividades de alterne.
- STS de 28-7-1995 (Ar. 6349): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS (Cont-Adv.) de 7-9-1995 (Ar.6704): Prohibición de trabajo de menores.
- STS de 21-9-1995 (Ar. 6787): Conservación de la prestación por desempleo durante la vigencia de la autorización de residencia.
- STS de 25-9-1995 (Ar. 6887): Conservación de la prestación por desempleo durante la vigencia de la autorización de residencia.
- STS (Cont-Adv.) de 28-10-1995 (Ar. 8544): Naturaleza jurídica de la función notarial y registral.
- STS (Civil) de 23-12-1995 (Ar. 9396): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS (Civil) de 28-12-1995 (Ar. 9402): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS (Cont-Adv.) de 26-1-1996 (Ar. 775): Naturaleza jurídica de la función notarial y registral.
- STS de 27-1-1996 (Ar. 205): Naturaleza jurídica de la Mutuality de Empleados de Notarías.
- STS (Civil) de 8-2-1996 (Ar. 864): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS (Cont-Adv.) de 15-3-1996 (Ar. 2437): Requisitos y consecuencias de la pluriactividad.
- STS de 30-3-1996 (Ar. 2503): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.
- STS (Cont-Adv.) de 4-5-1996 (Ar. 5285): La mera colegiación, la tenencia de título o el alta en el Impuesto de Actividades no justifican el ingreso en el RETA ni en el Sistema de Seguridad Social.
- STS de 24-5-1996 (Ar. 4490): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.
- STS (Cont-Adv.) de 27-5-1996 (Ar. 4495): Compatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo familiar.
- STS de 28-5-1996 (Ar. 4651): Relación laboral en actividades de alterne.
- STS de 31-5-1996 (Ar. 4715): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 4-6-1996 (Ar. 4882): Inclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 5-6-1996 (Ar. 4994): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 6-6-1996 (Ar. 4996): Inclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 12-6-1996 (Ar. 5064): Inclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 21-6-1996 (Ar. 5223): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.
- STS de 28-6-1996 (Ar. 5394): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.
- STS de 18-7-1996 (Ar. 6159): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS (Civil) de 17-9-1996 (Ar. 6722): Interés del menor como criterio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

- STS de 18-9-1996 (Ar. 6571): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.
- STS (Cont-Adv.) de 24-9-1996 (Ar. 6795): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 15-10-1996 (Ar. 7765): Naturaleza del convenio especial.
- STS de 12-11-1996 (Ar. 8556): Asimilación al alta del recluso por ausencia de organización productiva en el centro penitenciario.
- STS de 12-12-1996 (Ar. 9647): Inclusión en el Sistema del personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero.
- STS de 23-12-1996 (Ar. 9843): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 24-1-1997 (Ar. 576): Inclusión del Sistema de Seguridad Social de los consejeros activos de sociedades mercantiles capitalistas.
- STS de 29-1-1997 (Ar. 640): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 30-1-1997 (Ar. 1836): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 3-2-1997 (Ar. 972): Naturaleza y caracteres del trabajo de penados.
- STS de 6-2-1997 (Ar. 997): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 6-2-1997 (Ar. 1837): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 7-2-1997 (Ar. 1167): Inclusión en el Sistema del personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero.
- STS de 18-2-1997 (Ar. 2158): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 19-2-1997 (Ar. 1449): Asimilación al alta de los beneficiarios de prestaciones de IT o maternidad.
- STS de 24-2-1997 (Ar. 1117): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.
- STS (Cont-Adv.) de 24-2-1997 (Ar. 1535): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.
- STS (Cont-Adv.) de 24-2-1997 (Ar. 1543): Exclusión del Sistema de las actividades formativas.
- STS de 25-2-1997 (Ar. 1225): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.
- STS de 3-3-1997 (Ar. 2193): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 4-3-1997 (Ar. 2244): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 7-3-1997 (Ar. 2026): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.
- STS de 14-3-1997 (Ar. 2472): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 17-3-1997 (Ar. 2562): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 20-3-1997 (Ar. 3577): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 21-3-1997 (Ar. 3391): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STS de 14-4-1997 (Ar. 3061): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 15-4-1997 (Ar. 3177): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STS de 15-4-1997 (Ar. 3201): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.

STS de 14-5-1997 (Ar. 4271): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 26-5-1997 (Ar. 5392): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS (Cont-Adv.) de 3-6-1997 (Ar. 5176): Inclusión en el Régimen General del personal sujeto a una relación de Derecho Administrativo.

STS de 3-6-1997 (Ar. 6135): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 11-7-1997 (Ar. 6218): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STS de 18-9-1997 (Ar. 6387): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STS de 10-10-1997 (Ar. 7791): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 29-10-1997 (Ar. 7683): Medición de la habitualidad en función del nivel de ingresos para los subagentes de seguros.

STS de 11-11-1997 (Ar. 8309): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS (Cont-Adv.) de 25-11-1997 (Ar. 8549): La mera colegiación, la tenencia de título o el alta en el Impuesto de Actividades no justifican el ingreso en el RETA ni en el Sistema de Seguridad Social.

STS de 25-11-1997 (Ar. 8623): Inconstitucionalidad de la exclusión automática del trabajo familiar del Sistema de Seguridad Social.

STS (Cont-Adv.) de 5-12-1997 (Ar. 9306): Inclusión en el Sistema de los deportistas profesionales.

STS (Cont-Adv.) de 5-12-1997 (Ar. 9326): Inclusión de los funcionarios del Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.

STS de 19-12-1997 (Ar. 9520): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 22-12-1997 (y Ar. 9530): Levantamiento del velo en empresas familiares.

STS de 26-1-1998 (Ar. 1066): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

- STS (Civil) de 30-1-1998 (Ar.353): Efectos del incumplimiento del precontrato.
- STS de 2-2-1998 (Ar. 1248): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS (Penal) de 5-2-1998 (Ar. 424): Antijuridicidad del proxenetismo.
- STS de 5-2-1998 (Ar. 1640): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 16-2-1998 (Ar. 1809): Condiciones para el nacimiento de una relación laboral entre agente de seguros y subagente para los subagentes de seguros.
- STS de 18-2-1998 (Ar.2209): Determinación del parentesco por afinidad conforme a los usos sociales.
- STS de 6-3-1998 (Ar. 2370): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS (Cont-Adv.) de 23-3-1998 (Ar. 2862): Prohibición de trabajo de menores.
- STS (Cont-Adv.) de 23-3-1998 (Ar. 2865): La mera colegiación, la tenencia de título o el alta en el Impuesto de Actividades no justifican el ingreso en el RETA ni en el Sistema de Seguridad Social.
- STS de 1-4-1998 (Ar. 2689): Exclusión de las prestaciones no contributivas del Convenio Hispano Marroquí de Seguridad Social.
- STS (Cont-Adm) de 2-6-1998 (Ar. 4543): Inconstitucionalidad de la exclusión automática del trabajo familiar del Sistema de Seguridad Social.
- STS de 15-6-1998 (Ar. 5260): Relación laboral del auxiliar asociado.
- STS de 15-6-1998 (Ar. 5262): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 7-7-1998 (Ar. 6161): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.
- STS (Cont-Adv.) de 17-7-1998 (Ar. 6779): Requisitos de constitución de entidades sustitutorias.
- STS de 14-10-1998 (Ar. 7812): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 26-10-1998 (Ar. 9304): Asimilación al alta del beneficiario de pensión no contributiva.
- STS de 16-11-1998 (Ar. 9271): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.
- STS de 19-11-1998 (Ar. 10008): Exigencia de matrimonio para causar pensión de viudedad.
- STS de 23-11-1998 (Ar. 10018): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.
- STS de 25-11-1998 (Ar. 9283): Inclusión en el Régimen General del personal sujeto a una relación de Derecho Administrativo.
- STS (Cont-Adv.) de 2-12-1998 (Ar. 10268): Obligación de cotizar por el extranjero en situación irregular.
- STS (Cont-Adv.) de 10-12-1998 (Ar. 603/1999): Mejoras voluntarias del personal al servicio de las Cortes General.
- STS de 21-1-1999 (Ar. 819): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.
- STS (Cont-Adv.) de 25-1-1999 (Ar. 343): Pluriactividad y pluriempleo de socios trabajadores de cooperativas

STS de 28-1-1999 (Ar. 1112): Condiciones de la inclusión en el RETA de los profesionales colegidos.

STS de 15-2-1999 (Ar. 1800): Relación laboral especial de los médicos internos residentes.

STS de 18-2-1999 (Ar. 2015): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 10-3-1999 (Ar. 2124): Extinción del contrato por anulación de concurso administrativo.

STS de 16-3-1999 (Ar. 2998): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.

STS de 30-3-1999 (Ar. 3773): Equiparación de los nacionales de Marruecos con los españoles en materia de Seguridad Social.

STS de 18-5-1999 (Ar. 4833): Discordancia entre la ley aplicable al contrato de trabajo de los desplazados y la ley de Seguridad Social.

STS de 31-5-1999 (Ar. 6156): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 8-6-1999 (y Ar. 6735): Naturaleza de la relación de los transportistas con vehículo propio.

STS (Cont-Adv.) de 5-7-1999 (Ar. 5917): Naturaleza jurídica de la Mutualidad de Empleados de Notarías.

STS de 7-7-1999 (Ar. 6160): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 7-7-1999 (Ar. 6444): Condición de hijo a cargo.

STS (Militar) de 12-7-1999 (Ar. 6923): Conductas contrarias a la moral pública.

STS de 20-7-1999 (Ar. 6839): Relación laboral del auxiliar asociado.

STS de 29-9-1999 (Ar. 7539): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 5-10-1999 (Ar. 7761): Extinción del contrato por anulación de concurso administrativo.

STS de 14-10-1999 (Ar. 7550): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 28-10-1999 (Ar. 8413): Equiparación de los nacionales de Marruecos con los españoles en materia de Seguridad Social.

STS (Militar) de 29-11-1999 (Ar. 461/2000): Conductas contrarias a la moral pública.

STS (Cont-Adv.) de 3-12-1999 (Ar. 9532): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STS (Cont-Adv.) de 3-12-1999 (Ar. 9533): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STS (Cont-Adv.) de 3-12-1999 (Ar. 9534): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STS (Cont-Adv.) de 3-12-1999 (Ar. 9985): Naturaleza de la cotización a la Seguridad Social.

STS de 9-12-1999 (Ar. 9720): Justificación de la jurisprudencia «humanizadora».

STS (Militar) de 10-12-1999 (Ar. 10102): Conductas contrarias a la moral pública.

STS de 17-1-2000 (Ar. 924): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 25-1-2000 (Ar. 657): Compatibilidad del alta en el RETA y la afiliación a una mutualidad de previsión social.

STS de 25-1-2000 (Ar. 1312): Sustitución del trabajador sin ruptura del vínculo laboral ni nacimiento de nuevo contrato.

STS de 26-1-2000 (Ar. 1315): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS (Cont-Adv.) de 17-2-2000 (Ar. 10111): Límites de pensiones de Clases Pasivas para altos cargos y miembros de órganos constitucionales.

STS (Cont-Adv.) de 23-2-2000 (y Ar. 9141): Límites de pensiones de Clases Pasivas para altos cargos y miembros de órganos constitucionales.

STS de 24-2-2000 (Ar. 2236): Caracteres de la presunción de trabajo familiar.

STS de 11-4-2000 (Ar. 3435): Concesión de la prestación por hijo a cargo sin convivencia de padres e hijos en el mismo Estado.

STS de 24-4-2000 (Ar. 5147): Caracteres de los trabajos de colaboración social.

STS de 27-4-2000 (Ar. 4255): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 28-4-2000 (Ar. 3823): Exclusión del Sistema del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial.

STS de 3-5-2000 (Ar. 4260): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 3-5-2000 (Ar. 6619): Concesión de la prestación por hijo a cargo sin convivencia de padres e hijos en el mismo Estado.

STS de 10-5-2000 (Ar. 2773): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 17-5-2000 (Ar. 4635): Caracteres de los trabajos de colaboración social.

STS de 22-5-2000 (Ar. 5516): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 25-5-2000 (Ar. 4800): Criterios de interpretación de las normas.

STS de 29-5-2000 (Ar. 4630): Levantamiento del velo en empresas familiares.

STS de 30-5-2000 (Ar. 8192): Asimilación al alta de la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias.

STS de 30-6-2000 (Ar. 6279): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 17-7-2000 (Ar. 7636): Justificación de la jurisprudencia «humanizadora».

STS de 5-7-2000 (Ar. 6897): Extinción del contrato por anulación de concurso administrativo.

STS de 25-7-2000 (Ar. 7194): Justificación de la jurisprudencia «humanizadora».

STS de 25-7-2000 (Ar. 8201): Caracteres de los trabajos de colaboración social.

STS de 26-9-2000 (Ar. 9646): Relación laboral de los vendedores del cupón pro ciegos.

STS de 27-9-2000 (Ar. 9648): Límite de rentas en las prestaciones familiares.

STS de 26-10-2000 (Ar. 9655): La mera colegiación, la tenencia de título o el alta en el Impuesto de Actividades no justifican el ingreso en el RETA ni en el Sistema de Seguridad Social.

- STS de 12-12-2000 (Ar. 810/2001): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.
- STS de 19-12-2000 (Ar. 829/2001): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 19-12-2000 (Ar. 1858/2001): La mera colegiación, la tenencia de título o el alta en el Impuesto de Actividades no justifican el ingreso en el RETA ni en el Sistema de Seguridad Social.
- STS de 20-12-2000 (Ar. 1865/2001): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.
- STS de 15-1-2001 (Ar. 768): Consecuencias de los pabellones de conveniencia sobre le campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.
- STS de 17-1-2001 (Ar. 778): Levantamiento del velo en empresas familiares.
- STS (Cont-Adv.) de 6-3-2001 (Ar. 1811): Naturaleza jurídica de la función notarial y registral.
- STS de 7-3-2001 (Ar. 3836): Integración de los funcionarios locales en el Régimen General.
- STS de 13-3-2001 (Ar. 3838): Caracteres del trabajo familiar.
- STS de 21-3-2001 (Ar. 3400): Inclusión en el RETA de los Graduados Sociales.
- STS de 3-4-2001 (Ar. 4127): Justificación de la jurisprudencia «humanizadora».
- STS de 30-4-2001 (Ar. 4615): Caracteres de los trabajos de colaboración social.
- STS (Cont-Adv.) de 14-5-2001 (Ar. 4253): Naturaleza de la relación del ministro de culto con su Iglesia o confesión religiosa.
- STS de 14-5-2001 (Ar. 5207): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS de 14-5-2001 (Ar. 5208): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS de 14-5-2001 (Ar. 5209): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS de 16-5-2001 (Ar. 5219): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS 25-5-2001 (Ar. 8698): Aplicación del derecho extranjero en un proceso judicial.
- STS de 8-6-2001 (Ar. 5505): Relación laboral especial de los médicos internos residentes.
- STS de 12-6-2001 (Ar. 5934): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS de 26-6-2001 (Ar. 8909): Las federaciones deportivas son sujetos privados que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.
- STS (Cont-Adv.) de 2-7-2001 (Ar. 6575): Inclusión en el Régimen General de los magistrados suplentes.
- STS de 6-7-2001 (Ar. 7006): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.
- STS de 6-7-2001 (Ar. 7007): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.

STS de 12-7-2001 (Ar. 9311): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.

STS de 17-9-2001 (Ar. 8087): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 29-10-2001 (Ar. 2377): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS (Cont-Adv.) de 8-11-2001 (Ar. 473/2002): Naturaleza jurídica de la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS (Civil) de 28-11-2001 (Ar. 9917): Efectos del incumplimiento del precontrato de trabajo.

STS (Cont-Adv.) de 5-12-2001 (Ar. 9498/2001): Naturaleza jurídica de la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS 24-1-2002 (Ar. 2641): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 7-2-2002 (Ar. 2656): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 14-2-2002 (Ar. 3790): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.

STS de 26-2-2002 (Ar. 4643): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 23-3-2002 (Ar. 3932): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 19-4-2002 (Ar. 6767): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 14-5-2002 (Ar. 6735): Medición de la habitualidad en función del nivel de ingresos para los subagentes de seguros.

STS de 17-5-2002 (Ar. 7028): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS de 4-6-2002 (Ar. 8127): Asimilación al alta de la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias.

STS de 18-6-2002 (Ar. 7427): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 18-6-2002 (Ar. 7428): Medición de la habitualidad en cómputo temporal y no en atención a los ingresos para los agentes de seguros.

STS (Cont-Adv.) de 6-7-2002 (Ar. 7917): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STS (Militar) de 15-7-2002 (Ar. 8254): Conductas contrarias a la moral pública.

STS (Cont-Adv.) de 20-7-2002 (Ar. 8390): Consecuencias de la extinción de la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS de 24-7-2002 (Ar. 9525): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 23-9-2002 (Ar. 8407): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 7-11-2002 (Ar. 471/2003): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS (Cont-Adv.) de 11-11-2002 (Ar. 9834): Consecuencias de la extinción de la Mutualidad Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS de 26-11-2002 (Ar. 1838/2003): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 10-12-2002 (Ar. 1950/2003): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 16-12-2002 (Ar. 2338/2003): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 19-12-2002 (Ar. 1761/2003): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 21-1-2003 (Ar. 1989): Concesión de la prestación por hijo a cargo sin convivencia de padres e hijos en el mismo Estado.

STS de 4-2-2003 (Ar. 3208): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 7-2-2003 (Ar. 1340/2004): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS (Cont-Adv.) de 25-4-2003 (Ar. 3826): Integración de los funcionarios locales en el Régimen General.

STS de 9-6-2003 (Ar. 3936): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STS de 11-6-2003 (Ar. 7464): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 18-6-2003 (Ar. 6141): Las federaciones deportivas son sujetos privados que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

STS de 9-7-2003 (Ar. 8372): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 10-7-2003 (Ar. 6638): Las federaciones deportivas son sujetos privados que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

STS (Militar) de 22-9-2003 (Ar. 6398): Conductas contrarias a la moral pública.

STS de 25-9-2003 (Ar. 7315): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 29-9-2003 (Ar. 7446): Efectos del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular tras la LOE.

STS de 7-10-2003 (Ar. 6497): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STS de 9-10-2003 (Ar. 7732): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS (Cont-Adv.) de 21-10-2003 (Ar. 7253): Inclusión en el Régimen General de los jueces y fiscales sustitutos.

STS de 28-10-2003 (Ar. 8721): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 12-11-2003 (Ar. 3383): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 19-11-2003 (Ar. 505/2004): Límite de rentas en las prestaciones familiares.

STS de 20-11-2003 (Ar. 8970): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 3-12-2003 (Ar. 1236/2004): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 5-12-2003 (Ar. 3337/2004): Exclusión del Sistema de quienes abandonen la vida activa voluntariamente.

STS de 9-12-2003 (Ar. 9369): Medición de la habitualidad en función del nivel de ingresos para los subagentes de seguros.

STS de 12-2-2004 (Ar. 800): Las federaciones deportivas son sujetos privados que ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

STS (Cont-Adv.) de 2-3-2004 (Ar. 3535/2005): Naturaleza jurídica de la Mutuality de Empleados de Notarías.

STS (Cont-Adv.) de 8-3-2004 (Ar. 2988/2005): Inclusión en el Sistema del trabajo marginal por cuenta ajena.

STS (Penal) de 29-3-2004 (Ar. 3424): La situación irregular del extranjero no legitima abusos empresariales.

STS de 7-5-2004 (Ar. 4154): Naturaleza jurídica de la relación de los profesores de religión en centros públicos.

STS de 7-5-2004 (Ar. 4713): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS (Militar) de 11-5-2004 (Ar. 5382): Conductas contrarias a la moral pública.

STS de 14-5-2004 (Ar. 4156): Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad.

STS de 19-5-2004 (Ar. 5021): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS (Cont-Adv.) de 20-5-2004 (Ar. 3303): Consecuencias de la extinción de la Mutuality Benéfica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

STS de 26-5-2004 (Ar. 5419): Distribución de la pensión de viudedad entre varios cónyuges.

STS de 27-5-2004 (Ar. 3538/2005): La obtención de ingresos o rentas superiores al SMI es causa implícita de extinción de las prestaciones en favor de familiares.

STS (Cont-Adv.) de 22-6-2004 (Ar. 3959): Compatibilidad del alta en el RETA y la afiliación a una mutuality de previsión social.

STS de 23-6-2004 (Ar. 6762): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 24-6-2004 (Ar. 5068): Prestación por adopción múltiple.

STS de 12-7-2004 (Ar. 7635): La mera colegiación no justifica el acceso al Sistema.

STS de 22-7-2004 (Ar. 7116): Asimilación al alta del período de salarios de tramitación derivados de conciliación administrativa.

STS de 17-9-2004 (Ar. 6047): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STS de 7-10-2004 (Ar. 7638): Relación laboral de los vendedores del cupón pro ciegos y consecuencias de esa declaración en materia de Seguridad Social.

STS de 4-11-2004 (Ar. 1056/2005): Aplicación del derecho extranjero en un proceso judicial.

STS (Penal) de 22-11-2004 (Ar. 8019). El Derecho Penal protege la prestación de servicios con independencia de la validez del contrato.

STS de 27-11-2004 (Ar. 8063): Relación laboral en actividades de alterne.

STS de 13-12-2004 (Ar. 1728/2005): Los ingresos derivados del sostenimiento de la cartera deben ser computados como indicio de habitualidad.

STS de 24-1-2005 (Ar. 2843): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 25-1-2005 (Ar. 4258): Inclusión en el Sistema y encuadramiento de consejeros y administradores de sociedades.

STS de 26-1-2005 (Ar. 2894): Situación asimilada al alta en el RETA los noventa días naturales siguientes a la baja.

STS de 27-1-2005 (Ar. 1633): Límite de ingresos en el subsidio por desempleo.

STS de 8-2-2005 (Ar. 2853): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 9-2-2005 (Ar. 2598): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 28-2-2005 (Ar. 2547): Límite de ingresos en las pensiones no contributivas.

STS de 7-3-2005 (Ar. 3403): Norma de Seguridad Social aplicable en las relaciones España-Suiza.

STS de 11-3-2005 (Ar. 3867): Caracteres de la presunción de trabajo familiar.

STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3808): Requisitos para la concesión del asilo.

STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3810): Requisitos para la concesión del asilo.

STS (Cont-Adv.) de 29-4-2005 (Ar. 3815): Requisitos para la concesión del asilo.

STS de 7-10-2005 (recurso 2854/2004): Relación laboral de cargo sindical que también desarrolla tareas administrativas para el sindicato.

STS (Cont-Adv) de 18-11-2005 (Recurso ordinario 1/2004): Legalidad del Real Decreto que asimila a los becarios con los trabajadores asalariados en materia de Seguridad Social.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

STCT de 24-6-1971 (Jurisprudencia Social, nº 47, 1971, pp. 174 y ss. o REDT, nº 79, 1996, pp. 853 y ss.): Carácter laboral de la relación jurídica de los deportistas profesionales.

STCT de 11-7-1973 (Ar. 3253): Objeto y causa del contrato de trabajo.

STCT de 25-9-1975 (Ar. 3884): Naturaleza de la relación del sacristán con la Iglesia Católica.

STCT 22-10-1975 (Ar. 4505): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 30-4-1976 (Ar. 2237): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STCT de 2-11-1976 (Ar. 4938): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STCT de 11-7-1977 (Ar. 4114): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.

STCT de 12-12-1977 (Ar. 6405): Exclusión del Sistema de los deportistas profesionales.

STCT de 13-1-1979 (Ar. 49): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 10-2-1979 (Ar. 870): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 28-2-1979 (Ar. 1291): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.

STCT de 30-5-1979 (Ar. 3584): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.

STCT de 30-6-1979 (Ar. 4573): Naturaleza de la relación del ministro de culto con una institución laica.

STCT de 6-7-1979 (Ar. 4800): Exclusión del sistema de las actividades no retribuidas.

STCT de 17-11-1979 (Ar. 6457): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de los laicos o seculares cuya función consista esencialmente en auxiliar de forma directa a la práctica del culto.

STCT de 26-11-1979 (Ar. 6617): Exclusión del Sistema de los deportistas profesionales.

STCT de 13-12-1979 (Ar. 7061): Relación laboral en actividades de alterne.

STCT de 15-12-1979 (Ar. 7114): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 15-12-1979 (Ar. 7115): Relación laboral en actividades de alterne.

STCT de 17-12-1979 (Ar. 7142): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 17-1-1980 (Ar. 174): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 11-3-1980 (Ar. 1491): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 7-5-1980 (Ar. 2595): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STCT de 22-5-1980 (Ar. 2941): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 27-5-1980 (Ar. 3056): Caracteres de la presunción de trabajo familiar.

STCT de 10-7-1980 (Ar. 4253): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 16-1-1981 (Ar. 177): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 10-2-1981 (Ar. 891): Nulidad del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular.

STCT de 13-3-1981 (Ar. 1796): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 9-4-1981 (Ar. 2603): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 13-4-1981 (Ar. 2655): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 28-4-1981 (Ar. 2808): Relación laboral en el trabajo para un sindicato.

STCT de 30-4-1981 (Ar. 2879): Es posible el despido con anterioridad al comienzo de la prestación efectiva de servicios.

STCT de 7-10-1981 (Ar. 5704): Objeto y causa del contrato de trabajo.

STCT de 30-10-1981 (Ar. 6247): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 30-10-1981 (6250): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 18-12-1981 (Ar. 7594): Relación laboral en actividades de alterne.

STCT de 28-1-1982 (Ar. 416): Exclusión del Sistema de los deportistas profesionales.

STCT de 22-2-1982 (Ar. 1035): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 24-3-1982 (Ar. 1820): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 26-5-1982 (Ar. 3128): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 12-7-1982 (Ar. 4344): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 28-9-1982 (Ar. 5008): Carácter funcional de la relación de los empleados de notarias.

STCT de 14-10-1982 (Ar. 5400): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 29-10-1982 (Ar. 5813): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 23-6-1983 (Ar. 6032): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 1-9-1983 (Ar. 7310): Exclusión del Sistema de Seguridad Social de las actividades formativas.

STCT de 8-9-1983 (Ar. 7376): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 14-10-1983 (Ar. 8450): Irrelevancia de la calificación federativa del deporte como profesional o amateur.

STCT de 26-10-1983 (Ar. 8910): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STCT de 30-11-1983 (Ar. 10234): Carácter funcional de la relación de los empleados de notarias.

STCT de 23-2-1984 (Ar. 1684): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 23-3-1984 (Ar. 2723): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 28-3-1984 (Ar. 2852): Caracteres de los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 20-6-1984 (Ar. 5494): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 28-6-1984 (Ar. 5764): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 10-6-1984 (Ar. 3832): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 19-6-1984 (Ar. 4082): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 23-10-1984 (Ar. 7994): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 6-12-1984 (Ar. 9377): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 5-2-1985 (Ar. 741): Exclusión del Sistema del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 20-3-1985 (Ar. 1935): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STCT de 9-4-1985 (Ar. 2336): Relación laboral de alta dirección de un entrenador.

STCT de 18-6-1985 (Ar. 4066): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 25-6-1985 (Ar. 4197): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 26-6-1985 (Ar. 4215): Exclusión del Sistema del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 16-7-1985 (Ar. 4975): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 16-10-1985 (Ar. 5601): Exclusión del Sistema del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 29-10-1985 (Ar. 5771): Trabajo de menores de dieciséis años en actividades artísticas.

STCT de 22-1-1986 (Ar. 333): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 13-2-1986 (Ar. 882): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 9-4-1986 (Ar. 2295): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 10-6-1986 (Ar. 4204): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 11-6-1986 (Ar. 4291): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 16-6-1986 (Ar. 4452): Relación laboral en actividades de alterne.

STCT de 18-6-1986 (Ar. 4596): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 19-6-1986 (Ar. 4651): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 4-7-1986 (Ar. 5633): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 10-7-1986 (Ar. 5947): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 4-9-1986 (Ar. 7369): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 14-10-1986 (Ar. 9452): Relación laboral de alta dirección de un entrenador.

STCT de 21-10-1986 (Ar. 9925): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 28-10-1986 (Ar. 10385): Inclusión en el Sistema de los extranjeros en situación irregular respecto de los accidentes de trabajo.

STCT de 21-11-1986 (Ar. 12109): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 26-11-1986 (Ar. 12464): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 25-11-1986 (Ar. 12313): Validez del contrato de trabajo de menores.

STCT de 1-12-1986 (Ar. 5762): Exclusión del Sistema del agente de seguros dedicado exclusivamente a la conservación de la cartera

STCT de 7-1-1987 (Ar. 93): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 8-1-1987 (Ar. 171): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 28-1-1987 (Ar. 1687): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 10-2-1987 (Ar. 2791): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 19-2-1987 (Ar. 3601): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 20-2-1987 (Ar. 3682): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 10-3-1987 (Ar. 5287): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 13-3-1987 (Ar. 5755): Inclusión en el Sistema de los deportistas profesionales.

STCT de 18-3-1987 (Ar. 6133): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 13-5-1987 (Ar. 10064): Consideración como trabajo personal por cuenta propia de la dirección intelectual del negocio.

STCT de 19-5-1987 (Ar. 10437): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 20-5-1987 (Ar. 10571): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 3-6-1987 (Ar. 12097): Exclusión del Sistema del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 10-6-1987 (Ar. 12888): Exclusión del Sistema de los empleados de hogar con dedicación reducida.

STCT de 12-6-1987 (Ar. 13054): Consideración como trabajo personal por cuenta propia de la dirección intelectual del negocio.

STCT de 17-6-1987 (Ar. 13466): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 24-6-1987 (Ar. 14029): La actividad de alterne como trabajo por cuenta propia.

STCT de 1-7-1987 (Ar. 14746): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 21-7-1987 (Ar. 16545): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 8-9-1987 (Ar. 18634): Consideración como trabajo personal por cuenta propia de la dirección intelectual del negocio.

STCT de 15-12-1987 (Ar. 28253): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 19-1-1988 (Ar. 903): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 26-1-1988 (Ar. 801): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 4-3-1988 (Ar. 1970): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 7-4-1988 (Ar. 3282): Consideración como trabajo personal por cuenta propia de la dirección intelectual del negocio.

STCT de 5-7-1988 (Ar. 4979): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 13-9-1988 (Ar. 5677): Carácter laboral de la relación de los empleados de registros y notarias.

STCT de 17-10-1988 (Ar. 6864): Inclusión en el Régimen General del personal sujeto a una relación de Derecho Administrativo.

STCT de 3-11-1988 (Ar. 7318): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 7-11-1988 (Ar. 7794): Asimilación de los institutos de vida consagrada -religiosos y seculares- y las sociedades de vida apostólica.

STCT de 15-11-1988 (Ar. 7596): Exclusión del Sistema de los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 29-11-1988 (Ar. 7425): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 2-12-1988 (Ar. 8415): Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

STCT de 9-1-1989 (Ar. 294): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 13-1-1989 (Ar. 566): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 13-1-1989 (Ar. 567): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 17-1-1989 (Ar. 578): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 17-1-1989 (Ar. 582): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévulos o de buena vecindad.

STCT de 30-1-1989 (Ar. 489): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 7-2-1989 (Ar. 1345): Relación laboral en actividades de alterne.

STCT de 7-2-1989 (Ar. 1348): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 28-2-1989 (Ar. 1471): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 1-3-1989 (Ar. 1956): Caracteres de los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 6-3-1989 (Ar. 2427): Consideración como trabajo personal por cuenta propia de la dirección intelectual del negocio.

STCT de 7-3-1989 (Ar. 2180): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 14-4-1989 (Ar. 2860): Exclusión del Sistema del trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 18-4-1989 (Ar. 2862): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

STCT de 18-4-1989 (Ar. 2871): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 3-5-1989 (Ar. 3447): Diferencias entre contrato de trabajo y beca.

STCT de 4-5-1989 (Ar. 3212): Diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo.

STCT de 12-5-1989 (Ar. 3297): La calificación jurídica de un determinado negocio depende de sus caracteres y no de la denominación efectuada por las partes.

STCT de 22-5-1989 (Ar. 3554): Diferencia entre el deportista profesional y amateur.

STCT de 22-5-1989 (Ar. 3555): Diferencias entre el contrato de trabajo y los trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad.

ANEXO III: CONVENIOS INTERNACIONALES

A) DECLARACIONES DE DERECHOS

- Declaración Universal de Derechos del Hombre: Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. España suscribió este Convenio el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (BOE del 10).

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: Adoptada el 28 de julio de 1951 en Ginebra por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entró en vigor el 22 de abril de 1954. Ratificada mediante Instrumento de 22 de julio de 1978.

- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados: Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, entró en vigor 4 de octubre de 1967. Ratificada mediante Instrumento de 22 de julio de 1978.

- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas: Adoptada el 28 de septiembre de 1954 en Nueva York por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entró en vigor el 6 de junio de 1960; fue ratificada por España en Instrumento de 24 de abril de 1997 y publicada en el BOE de 4 de julio de ese mismo año.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social: Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores: Proclamada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados Miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000.

- Carta Social Europea: Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por España en Instrumento de 29 de abril de 1980.

B) CONVENIOS OIT

- Convenio nº 2, relativo al desempleo: Adoptado el 28 de noviembre de 1919 y ratificado por España el 4 de julio de 1923.

- Convenio nº 12, sobre indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura: Adoptado el 12 de noviembre de 1921 y ratificado por España el 1 de octubre de 1931.

- Convenio nº 17, relativo a la indemnización por accidentes de trabajo en la industria: Adoptado el 10 de junio de 1925 y ratificado por España el 22 de febrero de 1929.

- Convenio nº 19, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo: Adoptado el 5 de junio de 1925 y ratificado por España el 22 de febrero de 1929.

- Convenio nº 56, relativo al seguro de enfermedad de la gente de mar: Adoptado el 24 de octubre de 1936 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1971.

- Convenio nº 97, sobre los trabajadores migrantes: Adoptado el 1 de julio de 1949 y ratificado por España el 21 de marzo de 1967.

- Convenio nº 102, sobre norma mínima de la Seguridad Social: Adoptado el 28 de junio de 1952 y ratificado por España el 29 de junio de 1988.

- Convenio nº 103, relativo a la protección de la maternidad: Adoptado el 28 de junio de 1952 y ratificado por España el 17 de agosto de 1965.

- Convenio nº 118, relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social: Adoptado el 28 de junio de 1962; no ratificado por España.

- Convenio nº 121, sobre prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: Adoptado el 8 de julio de 1964; no ratificado por España.

- Convenio nº 130, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias en caso de enfermedad: Adoptado el 25 de junio de 1969; no ratificado por España.

- Convenio nº 143, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes: Adoptado el 24 de junio de 1975; no ratificado por España.

- Convenio nº 165, sobre seguridad social de la gente de mar: Adoptado el 9 de octubre de 1987 y ratificado por España el 2 de julio de 1991.

- Convenio nº 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo: Adoptado el 21 de junio de 1988; no ha sido ratificado por España.

- Convenio nº 183, relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952: Adoptado el 15 de junio de 2000; no ratificado por España.

C) CONVENIOS MULTILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

- Convenio Europeo de Seguridad Social: El Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo se firmaron en París el 14 de diciembre de 1972. El Instrumento de Ratificación del Acuerdo Europeo de Seguridad Social se publicó en el BOE de 12 de noviembre de 1986.

- Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante: Firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1997 en el seno del Consejo de Europa. Aunque España lo ratificó el 6 de mayo de 1980, el Convenio no entró en vigor hasta el 1 de mayo de 1983, cuando consiguió las cinco ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

D) CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL

- Andorra: El Convenio vigente data de 9 de noviembre de 2001, y está en vigor desde el 1 de enero de 2003, sustituyendo al Convenio anterior de 14 de abril de 1978. Su Instrumento de Ratificación y un Acuerdo de Aplicación fueron publicados en el BOE de 4 de diciembre de 2002.

- Argentina: El Convenio se firmó el 28 de enero de 1997 y su Acuerdo Administrativo de aplicación el 3 de diciembre de 1997. El Instrumento de Ratificación se publicó en el BOE de 10 de diciembre de 2004. El Convenio y su Acuerdo de aplicación entraron en vigor el 1 de diciembre de 2004.

- Australia: El Convenio de Seguridad Social entre España y Australia se firmó el 31 de enero de 2002 y entró en vigor el 1 de enero de 2003. Fue publicado en el BOE del 19 de diciembre de 2002. El Acuerdo Administrativo de aplicación data de 20 de diciembre de 2002 (BOE 25 febrero 2003), con entrada en vigor también el 1 de enero.

- Brasil: El Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil se firmó el 16 de mayo de 1991. Está vigente desde el 1 de diciembre de 1995, sustituyendo al anterior de fecha 25 de abril de 1969 (BOE de 15 de enero de 1996).

- Bulgaria: El Convenio de Seguridad Social entre España y la República Búlgara se firmó el 13 de mayo de 2002 y entró en vigor el 1 de noviembre de 2003 (BOE de 6 de noviembre de 2003).

- Canadá: El Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá se firmó el 10 de noviembre de 1986 y entró en vigor el 1 de enero de 1988. Está publicado en el BOE de 1 de diciembre de 1987.

- Chile: El Convenio de Seguridad Social entre España y Chile, firmado el 28 de enero de 1997 y vigente desde el 13 de marzo de 1998, sustituye al anterior de fecha 9 de marzo de 1977. Está publicado en el BOE de 25 de marzo de 1998.

- Ecuador: El Convenio de Seguridad Social de 8 de mayo de 1974, adicional al Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1960, entre España y Ecuador, entró en vigor el 1 de julio de 1975. Está publicado en el BOE de 29 de julio de 1975.

- Eslovaquia: El Convenio de Seguridad Social entre España y la República Eslovaca se firmó el 22 de mayo de 2002 y entró en vigor el 31 de agosto de 2003 (BOE de 1 de julio de 2003). Eslovaquia ha ingresado en la UE el 1 de mayo de 2004, pero el derecho de libre circulación de personas no se ha reconocido plenamente –y podría demorarse el reconocimiento hasta 2011–, por lo que hasta ese momento este Convenio no será desplazado por los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social.

- Estados Unidos: El Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América se firmó el 30 de septiembre de 1986 y entró en vigor el 1 de abril de 1988. Está publicado en el BOE de 29 de marzo de 1988.

- Filipinas: El Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas se firmó el 20 de mayo de 1988 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1989 (BOE de 11 de octubre de 1989).

- Marruecos: El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982. Se encuentra publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982.

- México: El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982. Fue publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982.

- Paraguay: El Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay se firmó el 24 de junio de 1998 y entró en vigor el 1 de marzo de 2006. Fue publicado en el BOE de 2 de febrero de 2006.

- Perú: El Convenio Hispano-Peruano de Seguridad Social se firmó el 16 de junio de 2003 y entró en vigor el 1 de febrero de 2005. Está publicado en el BOE de 5 de febrero de 2005.

- Polonia: El Convenio Hispano-Polaco de Seguridad Social se firmó el 22 de febrero de 2001, y el Acuerdo Administrativo para su aplicación data de 17 de junio de 2003 (BOE de 30 de septiembre de 2003). Polonia ha ingresado en la UE el 1 de mayo de 2004, pero el derecho de libre circulación de personas no se reconocerá plenamente hasta 2011 –aunque el sistema de prórrogas podría derivar en un reconocimiento anterior-, por lo que hasta ese momento este Convenio no será desplazado por los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social.

- Reino Unido: Este Convenio, publicado en el BOE de 31 de marzo de 1975, entró en vigor el 1 de abril de 1975. Sólo es aplicable a los trabajadores, de cualquier nacionalidad, desplazados a las islas de Jersey o de Man en el Reino Unido, ya que en estos territorios no son de aplicación los Reglamentos Comunitarios.

- República Checa: Este Convenio se firmó el 13 de mayo de 2002, y su Instrumento de Ratificación fue publicado en el BOE de 3 de mayo de 2004. Aunque la República Checa entró en la UE el 1 de mayo de 2004, la libre circulación de personas no operará plenamente hasta el año 2011; siendo los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social una manifestación del principio de libre circulación, no serán aplicables en tanto que ese derecho no esté reconocido. Hasta entonces el Convenio de Seguridad Social Hispano-Checo no se verá desplazado.

- Rusia: El Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia se firmó el 11 de abril de 1994 y entró en vigor el 22 de febrero de 1996. Está publicado en el BOE de 24 de febrero de 1996.

- Túnez: El Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002. Está publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2001.

- Ucrania: El Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania se firmó el 7 de octubre de 1996 y entró en vigor el 27 de marzo de 1998. Está publicado en el BOE de 4 de abril de 1998.

- Uruguay: El 1 de abril de 2000 entró en vigor un nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay, firmado el 1 de diciembre de 1997, que viene a sustituir al Acuerdo Administrativo, de fecha 21 de junio de 1979. Está publicado en el BOE de 24 de febrero de 2000. Su acuerdo complementario data de 8 de septiembre de 2005 (BOE de 1 de diciembre).

- Venezuela: El Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela se firmó el 12 de mayo de 1988 y entró en vigor el 1 de julio de 1990. Está publicado en el BOE de fecha 7 de julio de 1990.

E) MISCELÁNEA

- Tratado Antártico de 1 de diciembre de 1959: Entró en vigor el 23 de junio de 1961.

- Convenio número 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos: Firmado el 15 de septiembre de 1977 en Atenas. El Instrumento de Ratificación data de 27 de enero de 1981 (BOE de 11 de mayo).

- Convenio de La Haya sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros: Firmado el 5 de octubre de 1961; ratificado por Instrumento de de 10 abril 1978 (BOE de 15 de septiembre).

- Acuerdo Europeo sobre la Colocación «*Au Pair*»: Firmado el 24 de noviembre de 1969 en Estrasburgo. Ratificado por España en Instrumento de 24 de junio de 1988 (BOE de 6 de septiembre).

- Acuerdo entre España y Uruguay para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 7 de febrero de 2000; publicado en el BOE de 6 de abril de 2001.

- Acuerdo entre España y Perú para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 7 de marzo de 2000; publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2000.

- Acuerdo entre España y Venezuela para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 7 de marzo de 2000; publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2000.

- Acuerdo entre España y Ecuador para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 7 de marzo de 2000; publicado en el BOE de 23 de noviembre de 2001.

- Acuerdo entre España y Argentina para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 9 de mayo de 2001; publicado en el BOE de 2 de marzo de 2002.

- Acuerdo entre España y Chile para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 9 de mayo de 2001; publicado en el BOE de 17 de septiembre de 2003.

- Acuerdo entre España y República Dominicana para regular el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares: Firmado el 15 de septiembre de 2003; publicado en BOE de 23 de octubre de 2003.