

PUNTOS MAS CONFLICTIVOS DEL REGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTONOMOS

por

Angel Cea Ayala

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario:

- I. Planteamiento previo.
- II. Invalidez provisional.
- III. Incapacidad laboral transitoria.
- IV. Validez de las cotizaciones efectuadas con anterioridad al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- V. Cotización.
- VI. Afiliación.
- VII. Otros aspectos relevantes.

I. PLANTEAMIENTO PREVIO

El objeto del presente comentario no es otro que analizar aquellas cuestiones más interesantes surgidas en los últimos tiempos, referentes al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. En una etapa tan proclive a los cambios en Seguridad Social como la actual en que son numerosas las voces que inciden en la reforma del sistema, se hace necesaria una reflexión profunda que permita afrontar tan compleja labor. Recientemente han surgido numerosas disposiciones y algunas resoluciones judiciales sobre temas controvertidos. En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, aquellos aspectos más conflictivos, tal vez sean: En materia de prestaciones, las de invalidez provisional y la incapacidad laboral transitoria. En otras materias, la cotización y afiliación, con especial referencia a la afiliación de los colectivos de socios trabajadores o no, de las distintas variedades de sociedades. Por último, reseñar aquí las corrientes doctrinales y sociales defensoras de la equiparación en prestaciones, entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin olvidar aquellos partidarios de su unificación y creación de un único régimen en el sistema, aun con el mantenimiento de ciertas especialidades (1).

II. INVALIDEZ PROVISIONAL

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina, de 14 de mayo de 1991, recurso número 1305/90, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde, resolvía varios recursos planteados, acumulados posteriormente, contra varias sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sobre la concesión del subsidio de invalidez provisional en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia reconocían en definitiva el derecho de los recurrentes en suplicación, trabajadores del Régimen Especial de Autónomos del Sistema de la Seguridad Social, a la invalidez provisional, una vez agotada la prestación de incapacidad laboral transitoria al haber transcurrido el plazo máximo de los dieciocho meses fijado legalmente.

(1) JOSE MANUEL ALMANSA PASTOR. *Derecho de la Seguridad Social*. Volumen II. La protección en el régimen general, regímenes especiales. 2.^a edición. Editorial Tecnos. Página 221. «Se trata, sin duda, del régimen cuya especialidad se encuentra más justificada por contraposición al régimen de los trabajadores por cuenta ajena. Al concebirse el trabajador por cuenta propia como la persona que dispone de su propio trabajo y que consiguientemente se apropia de los frutos y soporta los riesgos de él derivados, resultan inaplicables gran parte de las técnicas del régimen general, por inexistencia de empresario a quien responsabilizar de la protección.»

Los interesados habían solicitado, una vez finalizada esta situación, la declaración de invalidez provisional con derecho a percibir la prestación correspondiente, solicitud desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en vía administrativa, planteándose la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, que desestimó en primera instancia el reconocimiento de este derecho.

No obstante por vía del recurso de suplicación, planteado por los interesados contra las sentencias del Juzgado de lo Social, se obtienen tres pronunciamientos favorables para los recurrentes, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Frente a esta sentencia, contraria a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, mantenida tanto por el extinto Tribunal Central de Trabajo, como por las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, se formalizó en plazo, recurso de casación para la unificación de doctrina, nuevo recurso extraordinario, establecido por el vigente texto de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, artículos 215 a 226, con el fin de unificar la doctrina, y los pronunciamientos contrarios a la unidad de la misma que pudieran surgir de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Una vez expuestos los puntos controvertidos y discutidos tanto en primera instancia, como en el recurso de suplicación, expondré los argumentos principales utilizados tanto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, como por el Tribunal Supremo en defensa de sus respectivas tesis.

El Tribunal Superior utilizó en sus tres sentencias un conjunto de argumentos que a continuación señalaré:

- a) La normativa vigente, reguladora del Régimen Especial de Autónomos y constituida por el Decreto de 20 de agosto de 1970 y la Orden de 24 de septiembre de 1970, no recoge la figura de la invalidez provisional para este colectivo.
- b) El Real Decreto 43/1984, sobre ampliación de la acción protectora de la cobertura obligatoria en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, fija el «principio de no discriminación» en las cotizaciones, o igualdad de prestaciones.
- c) Las bases de cotización máximas y mínimas fijadas por el legislador para el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos son prácticamente las mismas, «la máxima es la misma y la mínima discrepa ligeramente»; tal y como quedan establecidas por el Real Decreto 234/1990, de 23 de febrero, el tipo de cotización es coincidente en uno y otro régimen, el 28,8 por 100, «con lo que el trabajador autónomo está cargando a la vez con la porción empresarial, con la obrera», que en el Régimen General se distinguen.

- d) Varios son los preceptos que utiliza la sentencia para argumentar su contenido. Principios constitucionales como el artículo 14 de la Constitución Española para justificar la discriminación entre uno y otro régimen, que señala la igualdad de los españoles 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.

Mas no sólo en principios constitucionales. La sentencia se apoya en principios de legalidad ordinaria y así cita el artículo 10.4 de la Ley General de la Seguridad Social. Este artículo establece que «en las normas reglamentarias de los Regímenes Especiales no comprendidos en el número anterior se determinará para cada uno de ellos su campo de aplicación y se regularán las distintas materias relativas a los mismos atendiendo a las disposiciones del presente Título y tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes». En el precepto expuesto se habla de la tendencia a la homogeneidad de los Regímenes Especiales con el Régimen General, principio general que puede aplicarse al Régimen Especial de Autónomos.

Se cita también la disposición transitoria séptima de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que establece que «las situaciones excepcionales que pudieran derivarse del período transitorio serán resueltas con arreglo a los principios inspiradores de las normas precedentes».

Por último se hace hincapié en ese proceso de acercamiento que se lleva a cabo al Régimen General desde 1984 para la cotización, y también se cita al efecto la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como ya he señalado, niega la existencia del derecho de los trabajadores autónomos al subsidio de invalidez provisional una vez agotado el período máximo de incapacidad laboral transitoria y para ello argumenta su tesis, en base a una serie de preceptos, que pasaré a comentar seguidamente.

Se inicia la sentencia con una mención expresa al artículo 41 de la Constitución Española del 78. Este precepto recoge la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos, que «garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo».

La tendencia a la homogeneidad que viene recogida en la sentencia (homogeneidad entre el Régimen General y los distintos Regímenes Especiales), menciona este proceso de acercamiento que viene realizándose en los últimos tiempos. Así, el artículo 10.4 de la Ley

General de la Seguridad Social antes recogido, y consagrado en la práctica a partir de 1984, a través de la fijación del Gobierno de las bases máximas y mínimas del Régimen General y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en cuanto a las contingencias generales, aun cuando la cotización en autónomos recae sobre el propio obligado de forma exclusiva, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen General en el que la aportación efectiva la realiza la empresa, siendo a cargo de la misma la cuota empresarial, y descontando de la nómina de sus trabajadores la cuota obrera, que después ha de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Esta tendencia a la homogeneidad ha tenido su plasmación práctica en otra serie de disposiciones a las que la sentencia del Tribunal Supremo se refiere. Así, la asistencia sanitaria y la incapacidad laboral transitoria, y por último a través de la disposición adicional 13.1 del Decreto de 11 de enero de 1991 que regula la cotización a la Seguridad Social para el año 91, y en la que se reconoce el derecho a la prestación de invalidez permanente total para los trabajadores autónomos sin incluir el requisito mínimo de edad de los 45 años, que venía establecido con carácter necesario en la legislación anterior, para que los trabajadores autónomos pudieran acceder a la prestación por invalidez permanente total, no reconociéndoles el derecho a la invalidez provisional.

El Tribunal Supremo establece que la no previsión de esta situación de invalidez provisional en este Régimen Especial ha llevado a un «considerable defecto de protección», por la falta de esta contingencia y de la función carencial, de acuerdo con el artículo 132 de la Ley General de la Seguridad Social.

Es cierto que se produce una situación de falta de protección desde el momento del agotamiento de la incapacidad laboral transitoria por el transcurso de los 18 meses, período máximo establecido por el legislador de duración de la incapacidad laboral transitoria, al no existir invalidez provisional y a la espera de que se produzca un alta por curación definitiva, o con declaración de invalidez permanente, por lo que puede transcurrir un plazo de tiempo en el que el trabajador autónomo enfermo quede desprotegido, sin percibir ningún tipo de prestación de Seguridad Social, con las consecuencias prácticas de falta de ingresos y pérdida de recursos que puede llevar consigo.

Pero también es cierto que el reconocimiento de la invalidez provisional, como ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Murcia a los trabajadores autónomos, no goza de sustento en los textos positivos reguladores de la materia.

Efectivamente, el artículo 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establece al hablar en su Capítulo quinto relativo a la acción protectora, en su Sección primera que trata sobre las disposiciones generales:

«La acción protectora de este Régimen Especial comprenderá:

- a) Prestaciones por invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez».

Y el artículo 56 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, reproduce literalmente el anterior precepto, por lo que en definitiva, no queda prevista la invalidez provisional en este Régimen Especial.

Por último, el artículo 73 de la misma Orden establece que transcurrido el período de tiempo de incapacidad laboral transitoria, el interesado «si continuase la suspensión temporal de la actividad por incapacidad, disfrutará de la situación asimilada al alta, siempre que cumpla los requisitos establecidos en los apartados a) y b) del citado precepto».

El Tribunal Constitucional ha tenido la posibilidad de pronunciarse, sobre si el distinto trato dado en cada uno de los Regímenes Especiales con respecto al Régimen General afecta y vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución anteriormente señalado. En este sentido, varias son las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, entre las que cabe señalar la del Alto Tribunal de 24 de marzo de 1988, dictada en recurso de amparo 548/87, que declara que la diversidad de tratamiento entre las distintas clases de trabajadores dentro de la Seguridad Social, que corresponde a su encuadramiento en diferentes regímenes, no es atentatorio al derecho de igualdad.

Por último señala el Tribunal Supremo, que aunque no existe la situación de invalidez provisional como contemplada en el Régimen Especial de Autónomos, no existe razón alguna para dejar desprotegido al trabajador por cuenta propia una vez que éste ha agotado el período de incapacidad laboral transitoria.

La exclusión del gobierno de la invalidez provisional no incumple las disposiciones programáticas del artículo 10.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

La solución que establece la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para cubrir este vacío legal no es la del paso a la situación de invalidez provisional, sino al grado de invalidez permanente que corresponda al trabajador autónomo, lo que en definitiva viene a apartarse, como reconoce la propia Sala, de la regulación establecida para el Régimen General en el artículo 132 de la Ley General de la Seguridad Social, artículo de aplicación supletoria para los

Regímenes Especiales. Todo ello también como señala la misma Sala, debido al propio régimen jurídico de la invalidez provisional, como situación en la que el trabajador asalariado sigue conservando su derecho a la reserva de plaza.

La sentencia se enfrenta con un problema sumamente sensible a las exigencias del principio de igualdad, y por ello la defensa de la unidad del ordenamiento adquiere relevancia especial. La cuestión debatida es decidir si existe algún derecho a prestaciones económicas para aquellos sujetos incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que han agotado el período de incapacidad laboral transitoria sin que se haya producido el alta médica (2).

La Circular 13/1993, de 2 de agosto, dictada en aplicación de lo dispuesto por la doctrina unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, regula en definitiva qué ocurre en aquellos casos en los que el trabajador autónomo agotara el período máximo de incapacidad laboral transitoria, contemplando las dos posibilidades que puedan plantearse tras el examen físico del interesado:

- a) Tras él, si se prevé que la incapacidad va a tener carácter definitivo, «se procederá a reconocer y calificar la misma, conforme a las reglas establecidas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos».
- b) Si por el contrario se prevé que no tendrá carácter definitivo, pero el interesado siguiera incapacitado para poder desarrollar su trabajo y necesitado de asistencia sanitaria, se reconocerá la situación de invalidez permanente que proceda, si bien la fecha de efectos se limitará a aquella de extinción de la incapacidad laboral transitoria. A tal efecto, deberá tenerse en cuenta que la persistencia de la baja médica imposibilita al interesado para el desempeño de la actividad profesional que venía desarrollando, por lo que el grado aplicable será en principio de invalidez permanente total.

(2) JOAQUIN APARICIO TOVAR. «Invalidez Provisional y Trabajadores Autónomos». Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1991, referencia de Aranzadi 7257. Pág. 95 y ss. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*.

En parecidos terminos se manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina de 22 de noviembre del 91 (recurso núm. 139/91) y de 21 de septiembre del 92 (recurso núm. 68/92). En todas ellas se declara la inexistencia de tal prestación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pero se le reconoce el derecho del beneficiario a que le sea reconocida la situación de invalidez permanente en el grado que corresponda, una vez agotada, sin alta médica, la situación de incapacidad laboral transitoria.

En todos los casos, el reconocimiento de la invalidez permanente queda subordinado a que el trabajador tenga la carencia suficiente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, prorrogándose la percepción del subsidio de incapacidad laboral transitoria al momento en que sea dictada la resolución definitiva de reconocimiento de invalidez permanente.

Tal solución no puede entenderse más allá de un parche al problema, que requiere un nuevo trato similar al dado en el Régimen General. Por ello se hace precisa una reforma que equipare el Régimen General de la Seguridad Social al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, reforma que debería quedar recogida en el esperado nuevo texto de Seguridad Social, que sustituya a la actual Ley General de 1974 (3).

III. INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA

Tal vez con una finalidad de ahorro del gasto público, se confiere a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la posibilidad de rebajar el tipo a la Seguridad Social al 27 por 100, si cubren por su propia cuenta y riesgo las bajas por incapacidad laboral transitoria y por tanto al margen del Sistema público de Seguridad Social. En este sentido, la disposición adicional undécima de la Ley 22/1993 permite a los trabajadores autónomos optar entre formalizar dicha prestación, con la Entidad Gestora correspondiente o con una Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, o bien con Mutualidades de Previsión Social.

Esta previsión también queda recogida en la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994 (publicada en el BOE de 30-12-1993).

Tales principios generales habrán de ser objeto de un desarrollo pormenorizado en función de posteriores normas reglamentarias. Tal posibilidad ya estaba prevista para otros colectivos, como para el Régimen Especial Agrario. Efectivamente, el Real Decreto 1976/1982, de 24 de julio, por el que se desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 9/1982, de 30 de abril, por el que se modifica la redacción de los artículos 25 y 31 del Texto Refundido regulador del citado régimen, contempla la prestación por incapacidad laboral transitoria como mejora voluntaria para los trabajadores por cuenta propia, tanto en cuanto a las contingencias generales como a las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

(3) En otro orden de cosas, la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 18 de abril de 1994, recoge una serie de instrucciones para la formalización de la baja en el Régimen Especial de Autónomos, de aquellos trabajadores por cuenta propia que agoten la incapacidad laboral transitoria, sin alta médica.

Así el artículo cuarto concedió este derecho a aquellos agrícolas por cuenta propia, que hubieren ingresado en concepto de cuotas, por mejora voluntaria, un mínimo de seis mensualidades inmediatamente anteriores al hecho causante y en caso de enfermedad y maternidad, nueve mensualidades.

No obstante algunas diferencias pueden concretarse entre este Régimen Especial y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Mientras que en el primero se parte de la premisa de su carácter voluntario que en todo caso supone un aumento proporcional en la cotización al sistema (4), en el Régimen de Autónomos se configuraba como un derecho, del que bien puede prescindirse, si bien con la reducción proporcional en el tipo de cotización ya comentada (5).

El autónomo puede quedar por tanto en cualquiera de las tres situaciones relativas al pago de la incapacidad laboral transitoria:

- Seguir pagando el actual tipo de cotización, con derecho a la prestación de incapacidad laboral transitoria a cargo del sistema público de Seguridad Social, con el inconveniente de los 15 primeros días y el necesario período de alta inicial de seis meses.
- Cubrir la contingencia de incapacidad laboral transitoria a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o con Mutualidades de Seguridad Social.
- Optar por pagar tan sólo el 27 por 100 de contribución al Sistema de la Seguridad Social, con lo que el pago de la incapacidad laboral transitoria quedaría a cargo del propio trabajador autónomo.

(4) La Ley General de Presupuestos del Estado para 1994 contempla en su artículo 103.3, apartado 5, que la cotización de los trabajadores por cuenta propia, a efectos de mejora voluntaria de la incapacidad laboral transitoria, se llevará a cabo aplicando a la base de cotización el tipo del 2,7 por 100, del que el 2,2 por 100 correspondería a contingencias comunes y el 0,5 por 100 a contingencias profesionales.

(5) MANUEL R. ALARCON CARACUEL y SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA. *Compendio de Seguridad Social*. Editorial Tecnos. Pág. 264. «En primer lugar, y al igual que para las prestaciones por incapacidad laboral transitoria, existentes con carácter obligatorio sólo a partir de enero de 1984, la dificultad de controlar tales situaciones provisionales de incapacidad temporal, sobre la idea discutible de que es el empresario, inexistente en este régimen por no tratarse de trabajadores por cuenta ajena, el mejor garante de la autenticidad de las mismas y de su máxima reducción; la desconfianza en los servicios sanitarios oficiales y la finalidad de evitar hipotéticas situaciones de fraude es, por tanto, lo que ha llevado a estas exclusiones».

En otro orden de cosas, interesante y novedosa y de grandes repercusiones prácticas, es la resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los trabajadores por cuenta propia o autónomos de la obligación establecida en la disposición adicional décima del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre. Tal disposición configura la obligación que corresponde a los trabajadores autónomos que se encuentren en incapacidad laboral transitoria al presentar en forma y periódicamente, declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares, o en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad.

Tal obligación busca un aumento del ahorro al Sistema público de la Seguridad Social, tratando en la medida de lo posible evitar situaciones de fraude que pueden producirse con mayor frecuencia en este régimen.

Los efectos de tal resolución se iniciaron el día 6 de marzo de 1994. Los plazos para presentar la correspondiente declaración ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social serán de 10 días para aquellos que se encontraban en incapacidad laboral transitoria en el momento de la entrada en vigor de tal disposición, y de 15 días para el resto desde el inicio de la situación de incapacidad laboral transitoria, aportándose entonces el parte médico de baja, a fin de que la Administración pueda verificar la situación en que queda el establecimiento del que es titular durante la situación de incapacidad laboral transitoria.

La importancia de tal declaración es de tal magnitud, que no podrá reconocerse el derecho si ésta no se ha presentado, y su no presentación, o si ésta es extemporánea, origina la suspensión cautelar de la prestación.

Por último, se regula una nueva obligación de los autónomos de presentar ante el INSS, declaración semestral de situación de actividad si fuesen requeridos.

A la vista de tal resolución, algunos problemas pueden originarse en la práctica diaria. Las funciones que venía desempeñando el trabajador autónomo podrán desarrollarse, o bien por un empleado suyo con autorización suficiente, o bien por otro trabajador autónomo, o por un familiar del mismo.

Ningún problema puede originarse cuando la situación del trabajador autónomo en incapacidad laboral transitoria, se efectúa en períodos de tiempo cortos, que no lleven a la necesaria y obligatoria afiliación del sustituto en el Régimen correspondiente, General o Especial de la Seguridad Social. Mas sí pueden ocasionarse en aquellos supuestos de baja prolongada en situación de incapacidad laboral transitoria.

La situación se complica desde el aspecto estrictamente fiscal; al determinar la baja del trabajador en el Impuesto de Actividades Económicas, puede llevar a repercusiones económicas excesivas en el patrimonio del autónomo.

IV. VALIDEZ DE LAS COTIZACIONES EFECTUADAS CON ANTERIORIDAD AL ALTA EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

De las numerosas modificaciones que por vía legislativa se han producido en este régimen, tal vez aquella más beneficiosa sea la comprendida en la disposición adicional décima de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, que da validez a las cotizaciones efectuadas con anterioridad al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, a efecto de obtener en su momento prestaciones económicas (6).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada en interpretación de la legalidad vigente hasta entonces, tras la Sentencia de 8 de octubre de 1986, que establece que las cotizaciones abonadas con posterioridad al alta correspondiente a períodos anteriores a ésta, carecen de eficacia jurídica alguna a efectos de prestaciones por disponerlo así el artículo 28.3 d) del Decreto 2530/1970. La Sentencia de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, de 20 de febrero de 1992, dictada en recurso de unificación de doctrina número 1497/91, incide algo más sobre la materia: «De esta forma se ratificaba la dirección interpretativa mantenida por la doctrina de suplicación para la que esta falta de eficacia en materia de prestaciones era compatible con la exigencia del cumplimiento del deber de cotización, que surge cuando concurren las condiciones del Régimen Especial. Por otra parte, dado el tenor literal de la norma, carece de relevancia tanto la aplicación o no del recargo, como el que las cuotas hayan sido ingresadas espontáneamente por el sujeto obligado, o a requerimiento de la gestora». En relación con esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha considerado en la misma línea, que no puede apreciarse la existencia de discriminación ni violación del derecho a la igualdad de trato ni en el artículo 28.3 d) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, ni a través de numerosas resoluciones dictadas en recursos de amparo; Sentencias números 189/87; 30, 35/88; 73/88; 4/89 y 166/90.

(6) Tal disposición literalmente dice: «Cuando reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta, producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez que hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las referidas cotizaciones darán también lugar al devengo de intereses, que serán exigibles desde la correspondiente fecha en que debieron ser ingresadas, de conformidad con el tipo de interés legal del dinero, vigente en el momento del pago.»

La aparición del Real Decreto 497/1986 modifica el artículo 28.3 d), señalando que no producirán efectos para las prestaciones, las cotizaciones realizadas reuniendo los requisitos para estar incluidos en este Régimen Especial, si no se hubiese solicitado el alta dentro del primer día del mes natural a que aquéllas correspondan (7).

El problema se plantea en cuanto a cuándo comienzan los efectos de la nueva regulación.

Para entender como tal el 1 de enero del 94, será preciso que en el desarrollo reglamentario posterior se especifique y aclare tal contingencia, con el fin de evitar la numerosa litigiosidad que sobre la materia sin duda alguna se planteará ante los órganos del orden jurisdiccional social. Por tanto una aplicación correcta a mi juicio de la norma llevaría a la siguiente conclusión: La validez de las cuotas anteriores al alta será únicamente para aquellas pagadas después del día 1 de enero de 1994. El reconocimiento anterior de aquellas cuotas no pagadas y correspondientes a períodos anteriores llevaría a situaciones injustas y contrarias al espíritu y finalidad de la norma contrarias al principio de igualdad, si bien beneficiosas para los interesados. Corresponde a los Tribunales de Justicia la última palabra sobre su aplicación, si bien existen antecedentes claros sobre la materia (8).

Sin embargo, tal cambio radical en la posición legal hasta el momento mantenida no se ha extendido a otros regímenes como el Régimen Especial Agrario para el colectivo por cuenta propia, ni para los trabajadores incluidos en el ámbito del Régimen Especial de Empleados del Hogar, ya que para estos últimos, el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se

(7) JOSE LUIS MORENO PEREZ. Número 24 de 1985. *Actualidad Laboral*. Eficacia de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. Con cita de las normas anteriores a 1986, y la disposición jurídica existente: «Asimismo es de significar el diverso tratamiento de que esta materia es objeto de distintas Circulares de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (Circular núm. 158/77, de 14 de noviembre, y Circular núm. 171/77, de 7 de diciembre, ambas del extinguido servicio del Mutualismo Laboral, derogadas por la Circular núm. 11/81, de 12 de junio, de la Dirección General de la Seguridad Social, cuya regulación se contraponen en cierta medida a las anteriores».

Conviene destacar aquí dos sentencias del Tribunal Supremo surgidas en aplicación de la legalidad vigente; así, las Sentencias de la Sala 6.ª de 19 de junio de 1973 y la de 19 de diciembre de 1985, que contienen la doctrina resumida en que las cuotas ingresadas anteriores al alta adquieren plena eficacia jurídica para lucrar prestaciones, porque la actuación de la Entidad Gestora vincula a aquélla.

(8) Véanse las Sentencias dictadas en unificación de doctrina de 14 de julio de 1992, en recurso número 2273/91, de 17 de marzo del 93, recurso número 1604/92, de 13 de mayo, y 21 de mayo del 93, en recursos números 3121/92 y 1852/92, y las de 23 de junio y julio del 93, recursos números 3727/92, 3508/92 y 3744/92, respectivamente, sobre reconocimiento de las situaciones de incapacidad permanente total anteriores al 6 de enero de 1991, a trabajadores autónomos, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero (BOE 16-1-1991). Tendrán derecho los autónomos declarados como tales antes del 16 de enero del 91, siempre y cuando la situación de invalidez permanente se mantuviera con posterioridad a aquélla.

regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, expresamente en su artículo 23.2 señala que «las cuotas abonadas correspondientes a períodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta, no se computarán a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para la concesión de las prestaciones».

V. COTIZACION

En materia de cotización algunas modificaciones se han introducido en los últimos tiempos, que sustituyen al sistema establecido.

La cotización, participación de los trabajadores autónomos en la financiación y sostenimiento del Sistema de Seguridad Social (9), ha aumentado considerablemente para este colectivo en el ejercicio de 1994. Veamos un análisis comparativo con el ejercicio de 1993. Así para el año 1992, la Ley General de Presupuestos del Estado fijaba el tipo en el Régimen General en el 28,8 por 100, del que el 24 por 100 era a cargo de la empresa y el 4,8 por 100 a cargo del trabajador (art. 111, referido a contingencias comunes). En el año 1993, la cotización de los trabajadores incluidos en el Régimen General se situó en el 29,3 por 100, aumentando la participación de los trabajadores. El tipo se encontraba en el 28,9 por 100, 24 por 100 a cargo del empresario y 4,9 por 100 a cargo del trabajador, 4,8 por 100 con anterioridad. El tipo para los trabajadores autónomos se ha mantenido los últimos años en el 28,8 por 100 (años 1992, 1993 y 1994).

Las bases máximas y mínimas han sufrido un aumento espectacular. Comparemos las de los dos últimos años.

Base máxima:

- Año 1992:

Régimen General 321.420 ptas.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 321.420 ptas.

(9) LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL y AURELIO DESDENTADO BONETE. *Manual de Seguridad Social*. Segunda edición. Editorial Aranzadi. 1979. Pág. 277.
 «... las precisiones efectuadas permiten afirmar el carácter esencialmente tributario de la obligación de cotizar y su inserción, como núcleo fundamental, dentro de una relación jurídica, también de naturaleza tributaria».

- Año 1993:

Régimen General 338.130 ptas.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 338.130 ptas.

- Año 1994:

Régimen General 349.950 ptas.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 399.950 ptas.

Base mínima:

- Año 1992:

Régimen General 65.670 ptas.
Para el grupo 7

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 74.790 ptas.

- Año 1993:

Régimen General 68.310 ptas.
Para el grupo 7 Auxiliares administrativos

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 83.760 ptas.

- Año 1994:

Régimen General 70.680 ptas.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos 93.810 ptas.

La cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos tan sólo existe por contingencias comunes, ya que no existe diferencia entre tales contingencias con profesionales, sin especialidades en la enfermedad común o profesional, ni en el accidente laboral o no.

Como observamos en este cuadro comparativo, las bases mínimas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos son superiores a las establecidas en el Régimen General, lo que supone una mayor carga para estas personas, partiendo del hecho de que en estos casos y a diferencia del Régimen General, en que la cotización se reparte entre el empresario y el trabajador, corre de forma exclusiva a cargo del propio autónomo.

Por tanto no es susceptible de establecimiento de diferencias de trato entre unos y otros, basadas exclusivamente en la diferente cotización, al ser parejas e incluso sensiblemente superiores las bases mínimas.

Tal aumento, que decir tiene, ha contado con un fuerte rechazo por parte de las Organizaciones representativas de este colectivo, que lo consideran injustificado y no guarda ninguna relación con los beneficios y prestaciones que en su momento puedan obtener las personas incluidas en este colectivo, al carecer de determinadas prestaciones y subsidios, de los que sí gozan los trabajadores incluidos en otros Regímenes de la Seguridad Social.

Por otra parte y en relación a la cotización de autónomos mayores de 50 años, la Ley General de Presupuestos del Estado modifica la edad máxima por debajo de la cual los trabajadores autónomos pueden optar por la base de cotización dentro de los máximos y mínimos legalmente establecidos. Esta edad fijada con anterioridad en los 55 años, se reduce a los 50, ignorándose las propuestas formuladas encaminadas a reducir este tope. De tal forma que la elección de la base de cotización de los trabajadores autónomos, que en 1 de enero de 1994 tuvieran 50 o más años cumplidos, se limita a la cuantía de 183.000 pesetas mensuales, cuantía igual a la señalada en 1993 para los mayores de 55 años, salvo que con anterioridad vinieran cotizando por una base superior, en cuyo caso es necesario mantener dicha base e incrementarla como máximo, en el mismo porcentaje en que se haya aumentado la base máxima de cotización en este régimen. La filosofía del cambio puede encontrarse en que a partir de la Ley 26/1985, se exige como período de carencia necesario para causar derecho a la prestación de jubilación, el de los 15 años y por tanto era necesario ampliar las limitaciones en cuanto a la base máxima de cotización, a los 15 años anteriores al momento de la jubilación.

Las previsiones recogidas en las anteriores normas, se encuentran desarrolladas en parte por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 19 de enero de 1994, que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

VI. AFILIACION

Es abundante la problemática surgida sobre la afiliación a la Seguridad Social de los administradores de las empresas. Ampollas ha levantado la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992, número 2034, sobre régimen aplicable a los socios que prestan servicios en los distintos tipos de sociedades, a los miembros de órganos de administración y a los de comunidades de bienes, así como la Resolución de 14 de diciembre de 1993, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social (BOE de 17 de diciembre) desarrollada en el ámbito administrativo por la Circular número 5052, de 20 de diciembre de 1992. Esta última disposición regula los efectos que se derivan del cambio de encuadramiento de los socios trabajadores y miembros del órgano de administración de Sociedades Mercantiles (Circular núm. 5052, de 20-12-1993) (10).

La inclusión de estos grupos en el Régimen General o en cualquiera de los distintos Regímenes de la Seguridad Social, no es una cuestión baladí, ni carente de trascendencia, ya que en definitiva el Sistema español de Seguridad Social permite la coexistencia de distintos regímenes, cada uno de ellos con sus propias normas sobre cotización, condiciones de acceso a las prestaciones, e incluso prestaciones distintas, teniendo alguno de ellos acceso a prestaciones como el desempleo, si bien aquélla no puede considerarse como verdadera prestación de Seguridad Social. No obstante conviene destacar aquí algunas notas que permiten diferenciar cuándo nos encontramos ante personas vinculadas al Régimen General o al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Es preciso para ello acudir a las notas recogidas en lo sustancial, en la normativa estrictamente laboral, con especial referencia al propio Estatuto de los Trabajadores de 1980, Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE de 14 de marzo) (11).

(10) Sobre problemática de afiliación de socios administradores de las empresas, véase:

- Tribunal Social-Socios Administradores de las empresas. Problemática de su afiliación al Régimen General de Autónomos. JOSE MARIA ORDEIG FOS. Pág. 9 y ss.
- Tribunal Social. Número 37, de enero de 1994. Socios y administradores de las sociedades; del Régimen General al Régimen Autónomo. Pág. 12 y ss.
- *Revista de Trabajo y Seguridad Social* del Centro de Estudios Financieros. Núm. 103. Régimen Laboral y de Seguridad Social de los socios que prestan servicios en las sociedades de capital. Por MIGUEL ANGEL SANCHEZ DOMINGUEZ y JAVIER SERRA CALLEJO. Págs. 43 a 90.

(11) El artículo 1 señala: «La presente ley será de aplicación a los trabajadores que 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».

El apartado 2 considera: «A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior».

Resulta importante a efectos de este análisis, lo preceptuado en el apartado 3 c) de este artículo: «Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de 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.»

Los criterios pueden resumirse en ajeneidad y dependencia, aspectos fundamentales en la relación laboral.

Para determinar la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, resulta necesario acudir al artículo segundo del Decreto de 20 de agosto de 1970. Varias son las notas características de tal condición:

- Realización de forma habitual, personal y directa, de una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo, y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, estableciéndose una presunción *iuris tantum*, si ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Esclarecedor resulta el artículo tercero c) del Decreto que incluye obligatoriamente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, a los socios de las compañías regulares colectivas y a 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.

La jurisprudencia no siempre ha dado iguales soluciones a los distintos temas y casos planteados.

Tal vez sería conveniente efectuar una relación de los distintos supuestos en que pueden encontrarse los socios de sociedades mercantiles, distinguiendo si tienen la condición o no de trabajadores:

1. *Socios de las sociedades mercantiles, socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias* que trabajen en el negocio con ese carácter, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa. Tal colectivo queda incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

2. *Socios de las sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada*, que trabajen personalmente en la sociedad sin desempeñar funciones propias de los órganos de administración, y siempre que exista una relación laboral, se incluirán en el Régimen General o Régimen Especial de la Seguridad Social (12).

(12) Artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

No obstante, cuando el socio reciba una participación específica en las ganancias sociales, o posea un efectivo control de la empresa o la titularidad mayoritaria de su capital social, en cuyo caso procede su inclusión como trabajadores por cuenta propia o autónomos en el régimen correspondiente.

Por el contrario, los socios que trabajen personalmente para la sociedad y desempeñen simultáneamente funciones propias de los órganos de administración de la sociedad, quedarán incluidos en el Régimen General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si se reduce su actividad en el órgano de administración a la deliberación o consejo, y en el Régimen de Autónomos si su labor es de dirección y gerencia.

Si el trabajo implica una relación laboral especial de alta dirección, quedarán incluidos en el Régimen Especial o General de trabajadores por cuenta ajena, si su trabajo se presta a título distinto de la condición de miembros de los órganos de administración de la sociedad, y si se limita a funciones de deliberación y consejo, en otro caso, se incluirán como autónomos.

- a) *Socios que sólo desempeñan funciones en órganos de administración.* Autónomos, salvo cuando sólo desempeñen funciones de deliberación y consejo, que no suponen su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social.
- b) *Socios delegados de órganos de administración.* Autónomos, si hay integración orgánica en la Administración Social. General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si no existe tal integración orgánica y sí una relación laboral de alta dirección.
- c) *Socios que sólo desempeñen funciones de alta dirección.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si existe relación laboral especial de alta dirección. Autónomos, si no existe dicha relación laboral especial y están integrados en los órganos de administración.
- d) *Administradores en empresas que revisten la forma jurídica de sociedad, ejerciendo exclusivamente tales funciones.* Autónomos, salvo cuando ostenten sólo el cargo de consejeros o miembros del Consejo de Administración, lo que no da lugar a inclusión alguna.
- e) *Personal sujeto a relación laboral especial de alta dirección, ejerciendo exclusivamente tales funciones.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.

- f) *Supuestos de doble condición de administrador societario y trabajador sujeto a relación laboral común o especial de alta dirección.* Autónomos, salvo cuando prevalezca la relación laboral por ejercerse en los órganos de administración únicamente funciones de deliberación o consejo, en cuyo caso la inclusión será al General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.
- g) *Supuestos de doble condición de consejo o miembro del Consejo de Administración y trabajador sujeto a relación laboral común o especial de alta dirección.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, al ejercerse en los órganos de administración funciones exclusivamente de deliberación y consejo.

3. *Socios de cooperativas.*

- a) *Socios trabajadores de sociedad cooperativa de trabajo asociado.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, o bien Autónomos, a opción de la cooperativa. Ley 3/1987, de 2 de abril, disposición adicional cuarta.
- b) *Socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.* Régimen de trabajadores por cuenta ajena que corresponda.
- c) *Socios de trabajo de las restantes cooperativas de 1.ª grado y de las de 2.º o ulterior grado.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.

4. *Comuneros o socios de las comunidades de bienes y sociedades civiles irregulares.*

- a) *Trabajadores miembros de comunidades de bienes que acrediten por su trabajo los requisitos propios del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.* Autónomos.
- b) *Trabajadores miembros de comunidades de bienes que acrediten la existencia de una relación laboral con las mismas.* General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.
- c) *Miembros de comunidades de bienes que sólo aporten bienes y limiten su responsabilidad a los mismos.* No procede su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social por esa concreta condición.

La Circular de 20 de diciembre de 1993 resuelve los problemas derivados del cambio de encuadramiento de los socios trabajadores y miembros del órgano de administración de sociedades mercantiles capitalistas.

A tal efecto las cotizaciones efectuadas por el interesado en el régimen en que estuviera incluido con anterioridad al cambio, se consideran debidamente ingresadas computándose en el nuevo régimen para causar las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan, sirviendo para el cálculo de la base reguladora de las pensiones.

Si el cambio determinase la inclusión del afectado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con la posibilidad de elección de su base de cotización u optar por aquella por la que viniera cotizando, de ser ésta superior a la que correspondería por razón de su edad.

Tal vez si algún «pero» cabe poner a la citada configuración normativa, sería el de que hubiera sido más conveniente una regulación a través de normas con rango jerárquico superior a las Circulares utilizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social.

VII. OTROS ASPECTOS RELEVANTES

Otro de los puntos reivindicados por los trabajadores autónomos se refiere a la ampliación de la cobertura, con reconocimiento a este colectivo de aquellas prestaciones como el desempleo en igualdad de condiciones al resto de los trabajadores por cuenta ajena (13). El importe económico de tal ampliación actúa como causa impeditiva de tal extensión.

Se propugna desde las organizaciones profesionales, la regulación de un estatuto del trabajador autónomo, equivalente al resto de los trabajadores por cuenta ajena.

En el ámbito de la Seguridad Social, se aspira a concretar el accidente laboral, siempre referido a las funciones realmente desarrolladas.

Todo ello si bien con las premisas anteriormente expuestas con una regulación que recoja las peculiaridades y especialidades del trabajo desarrollado, así como medidas de control encaminadas a evitar el fraude.

(13) JOSE MARIA ORDEIG FOS. «El Sistema español de la Seguridad Social», cuarta edición actualizada. Editorial *Revista de Derecho Privado*. Editoriales de Derecho Reunidas. Pág. 365, como requisito indispensable para obtener derecho a las prestaciones por desempleo, señala la preexistencia del trabajo por cuenta ajena, y la pág. 525 señala que no existe protección por desempleo.