

TRABAJO AUTÓNOMO Y EMPRESA FAMILIAR. ¿PROTECCIÓN ESTATUTARIA O PRESUNCIÓN DE FRAUDE?

M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*TU (acreditada para el acceso al cuerpo de Catedráticos de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Extracto:

EL estudio de las reglas prohibitivas del trabajo por cuenta propia del menor de dieciséis años y la ampliación de los supuestos de laboralidad –en concreto de los hijos menores de treinta años que convivan con el empresario– tras la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo se completa con el análisis detallado de la inmensa proyección del trabajo familiar en el ámbito de la Seguridad Social (concretamente en materia de encuadramiento de los familiares asalariados, de los familiares colaboradores del trabajador autónomo y, sobre todo, del prestado en las empresas con forma jurídica societaria), llegando a la conclusión de que en su exclusión de la protección por desempleo el legislador se ha extralimitado al presumir un ánimo fraudulento en la extinción del contrato de los hijos, desconociendo que la situación precaria de muchas empresas familiares puede justificar hoy día la idoneidad de dichas extinciones contractuales por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción.

Palabras clave: trabajo autónomo, empresa familiar, desempleo y fraude.

AUTONOMOUS WORK AND FAMILY ENTERPRISE. STATUTORY PROTECTION OR PRESUMPTION OF FRAUD?

M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*TU (acreditada para el acceso al cuerpo de Catedráticos de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Abstract:

THE study of the prohibitive rules of self-employed of the less sixteen-year-old and the extension of the suppositions of work –for example, of the thirty-year-old minor children who coexist with the businessman– after the recent approval of the Statute of the Autonomous Work it is completed by the detailed analysis of the immense projection of the familiar work in to the area of the Social Security, coming to the conclusion of which in his exclusion of the protection for unemployment the legislator has overstepped the mark on having presumed a fraudulent spirit in the extinction of the contract of the children, not knowing that the precarious situation of many family enterprises can justify today the suitability of the contractual extinctions for economic, technical, organizational or production motives.

Keywords: autonomous work, family enterprise, unemployment and fraud.

Sumario

- I. Consideraciones previas a propósito del trabajo autónomo y del trabajo prestado en el seno de la empresa familiar.
- II. La edad mínima de acceso al trabajo autónomo. Implicaciones jurídico-sociales.
 1. Consideraciones generales.
 2. El trabajo de los menores en el ordenamiento laboral.
 3. El trabajo autónomo de los menores de dieciséis años. De la anomia legislativa a la prohibición legal.
 4. Peculiaridades del trabajo autónomo de los menores en espectáculos públicos.
- III. El encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del empresario.
 1. Una cuestión previa: la noción de trabajador autónomo a efectos de su inclusión en el RETA.
 2. El trabajo familiar: problemas de encuadramiento en la Seguridad Social.
 3. Ampliación de los supuestos de laboralidad de determinados familiares del empresario tras la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo.
 4. La exclusión de la cobertura por desempleo de los hijos contratados en la empresa familiar.

Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS A PROPÓSITO DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DEL TRABAJO PRESTADO EN EL SENO DE LA EMPRESA FAMILIAR

Conviene comenzar recordando que, según dispone el artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores –ET–, del ámbito de aplicación de dicha ley se excluyen «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los lleven a cabo configurando así una presunción de trabajo familiar que impide que puedan ser calificados como propios de un contrato de trabajo los servicios que en la empresa familiar presta uno de sus miembros (*ayuda familiar*), y ello por entender que en este ámbito el vínculo familiar prima sobre la ajenidad y dependencia característicos de los vínculos laborales. No obstante, queda abierta la posibilidad de probar que ello no es así y que la relación entre los parientes aludidos constituye un contrato de trabajo porque se desarrolla en régimen de ajenidad y dependencia.

A partir de esta premisa, la Ley 20/2007, de 13 de julio, del *Estatuto del Trabajo Autónomo* –LETA– resulta de aplicación al trabajo autónomo familiar, pues de acuerdo con su artículo 1.1, la ley en cuestión también será de aplicación «a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3 e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 12 de marzo».

Dejando de lado el curioso juego terminológico, en la previsión del trabajo autónomo familiar, que en el inciso primero de su artículo 1.1 se predica como aplicable «a las personas...» y en el inciso segundo del mismo afirma que también será aplicable «a los trabajos...», lo cierto es que los familiares del trabajador autónomo que habitualmente colaboran con él o lo hacen en régimen de ajenidad y, por tanto, con alta en el Régimen General de la Seguridad Social, o lo hacen como autónomos colaboradores, con encuadramiento obligatorio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). En cambio, si su colaboración es esporádica, no habitual, se aplica la exclusión del artículo 7.2 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS).¹

En materia de Seguridad Social no hay reglas sobre la empresa familiar propiamente dicha, sin perjuicio de alguna ley societaria que se dirige sobre todo a este tipo de empresa, como es la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa que, pensada para las pymes, se carac-

¹ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2010, pág. 102.

teriza esencialmente por un sistema de contabilidad simplificada. Dado que el número máximo de socios permitidos es de cinco, y sobre todo, en la medida en que los socios tendrán que ser exclusivamente personas físicas, se acomoda bien a pequeñas realidades familiares.²

Sin embargo, a propósito del trabajo familiar existen una serie de presunciones *iuris tantum* por las cuales algunos familiares, debido a su vínculo de parentesco, se consideran trabajadores por cuenta propia y no por cuenta ajena. Estas presunciones pueden verse reflejadas en tres normas fundamentalmente: el artículo 1.3 e) del ET, el artículo 7.2 de la LGSS y la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS. Los dos primeros preceptos hacen referencia al empresario persona física, pero los interesados pueden constituir una empresa familiar mediante cualquier forma jurídica, desde la individual a la societaria, personalista o capitalista, lo cual genera la duda de si también una empresa familiar configurada en forma societaria queda sujeta a la aplicación de esta presunción de no laboralidad por cuenta ajena.

II. LA EDAD MÍNIMA DE ACCESO AL TRABAJO AUTÓNOMO. IMPLICACIONES JURÍDICO-SOCIALES

1. Consideraciones generales

La especial vulnerabilidad de quienes, pudiendo trabajar, no alcanzan la mayoría de edad, ha dado lugar a previsiones específicas en la práctica totalidad de los Estados,³ pues una de las señas de identidad de la cultura occidental reside en el entendimiento de que hasta cierta edad los menores deben estar apartados de la vida activa laboral, principalmente con el objetivo de que centren sus esfuerzos en el cumplimiento de la escolarización obligatoria, con vistas a que en el futuro formen parte de una población sólidamente formada.

La fijación de un límite de edad para el acceso al empleo ha sido una constante en prácticamente todos los ordenamientos laborales y una de las cuestiones a las que mayor interés ha prestado la normativa internacional, especialmente la emanada de la OIT, desde la génesis del Derecho del Trabajo.⁴

En este contexto una de las reglas más precisas, innovadoras y contundentes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del *Estatuto del Trabajo Autónomo* es la que establece una edad mínima para el acceso al trabajo autónomo, redactada bajo la rúbrica «protección de menores» en los siguientes términos: «Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni

² Para un análisis de esta ley en relación con la empresa familiar *vid.* VALPUESTA GASTAMIZA, E.M.: «Crear una empresa familiar en 48 horas: demasiadas prisas en la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 5.999, 2003, págs. 1 y ss.

³ Sobre las primeras normas que regulaban el trabajo de los menores en España *vid.* el estudio de RAMOS QUINTANA, M.ª I.: «El trabajo de los menores», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 291 y ss.

⁴ En España, la primera norma que enunció una prohibición de este tipo fue la Ley de 24 de julio de 1873 (conocida como *Ley Benot*), sobre el trabajo de los niños y las niñas obreras en las fábricas, talleres y minas y la instrucción en las escuelas de los niños obreros.

siquiera para sus familiares» (art. 9.1). Y como ocurre en la legislación laboral vigente, que sin duda le sirve de inspiración, la fijación de esta edad mínima viene acompañada de una referencia específica a «las prestaciones de servicios en espectáculos públicos», que si afectan a menores habrán de concertarse conforme «a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (art. 9.2 LETA).

Constituyen previsiones lógicas y razonables que vienen a resolver la eventual discusión acerca del alcance material y funcional de la prohibición tradicionalmente consagrada por la legislación laboral, la cual, por cierto, ya había sido extendida de manera expresa a ciertas formas de trabajo no asalariado, como el de los socios de trabajo en las cooperativas (art. 80.2 Ley 27/1999). En cualquier caso, la referencia al trabajo para familiares, como con acierto se ha dicho, «no es capaz de despegarse por completo del reino de las declaraciones retóricas, y si tiene algún sentido, por fuerza lo ha de encontrar como complemento de otros mandatos mucho más eficientes y expeditivos, pertenecientes ya a otro tipo de relaciones (las paternofiliales, concretamente) o a otros sistemas normativos (como el de educación), en los que, llegado el caso, podrán entrar en juego las sanciones pertinentes».⁵

Lo que ya resulta más criticable es que esta disposición legal, pudiendo hacerlo, no haya resuelto la disparidad aún existente entre la edad mínima de acceso al trabajo autónomo y la edad de incorporación formal a su régimen específico de Seguridad Social, que sigue situándose en los dieciocho años (art. 3 Decreto 2530/1970), lo cual, como se analizará en detalle, ocasiona numerosos problemas de encuadramiento en el sistema público de Seguridad Social y propicia otras tantas vías de fraude.

2. El trabajo de los menores en el ordenamiento laboral

Actualmente, el artículo 6 del ET, con carácter general, prohíbe la contratación de menores de dieciséis años⁶ sin más excepción que la relativa a la participación en espectáculos públicos.⁷ Los meno-

⁵ GARCÍA MURCIA, J.: «El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos», *AL*, núm. 18, 2007, pág. 2.166.

⁶ Resultan de obligada referencia los estudios monográficos sobre trabajo de menores como el clásico de SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, y otros más recientes como el de APILUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1999; LOZANO ARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla: Mergablum, 2000; GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia: Laborum, 2001; RUANO ALBERTOS, S.: *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Madrid: MTAS, 2001 o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2003.

⁷ Las primeras aportaciones al estudio de conjunto del régimen jurídico del trabajo de los artistas fueron las de GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *El estatuto laboral del artista de espectáculo público*, Extremadura: Universidad de Extremadura, 1981 y DOLZ LAGO, M.J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos», *Revista de Derecho privado*, febrero, 1983. El Real Decreto 1435/1985 dio oportunidad a los estudios de DURÁN LÓPEZ, F.: «La relación laboral especial de los artistas», *RL*, 1986, t. I, págs. 225 y ss.; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. II, vol. 1, Madrid: Edersa, 1987, especialmente, págs. 195 y ss.; ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2001; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J.: *Condiciones de trabajo y seguridad social de los profesionales de la música*, Madrid: Iberautor, 2003 o HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, Madrid: La Ley, 2006.

res entre dieciséis y dieciocho años se encuentran sujetos a las mismas condiciones laborales sea cual sea su edad concreta y solo los mayores de dieciocho años pueden realizar las tareas consideradas peligrosas, penosas o insalubres,⁸ sin perjuicio de que esta prohibición⁹ pueda excepcionarse para los mayores de dieciséis años cuando concurren determinadas circunstancias. En cuanto a aptitud se refiere, la regulación laboral sigue escrupulosamente las atribuciones de capacidad de obrar propias del Derecho Civil.

Dicho precepto constituye una verdadera norma de orden público laboral, indisponible para la autonomía de la voluntad ya que el menor de dieciséis años carece totalmente de capacidad de trabajar;¹⁰ esto es, la legislación laboral interna no contempla expresamente ni siquiera la posibilidad de que los menores de esta edad realicen los denominados «trabajos ligeros», definidos por el artículo 3 de la Directiva 94/33/CE como «todos los trabajos que, en razón de la propia naturaleza de las tareas que implican y las condiciones particulares en las que deban realizarse: i) no puedan perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños; ii) ni puedan afectar su asiduidad escolar, su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben».

La prohibición del artículo 6.1 del ET resulta de aplicación, en principio, a todas las prestaciones de servicios enmarcadas en una relación laboral, pero no se había trasladado formalmente al ámbito del trabajo por cuenta propia hasta la aprobación de la Ley 20/2007, si bien no cabe olvidar que la salud y la integridad de los menores de edad son valores de orden público (por su condición de derechos fundamentales) que los poderes públicos deben tutelar.

3. El trabajo autónomo de los menores de dieciséis años. De la anomia legislativa a la prohibición legal

El hecho de que la legislación laboral alcance solo a las prestaciones asalariadas de servicios y resulte inaplicable a otras actividades resulta especialmente problemático cuando supone dar por buena la ocupación en ciertas esferas de quien no tiene dieciséis años sin control alguno por parte de la autoridad laboral, de ahí que deba alabarse su atención por parte del legislador si bien, como ya ha destacado la mejor doctrina, la prohibición legal de trabajar por debajo de los dieciséis años puede perder gran parte de su efectividad «en un contexto institucional y legal que, como el del trabajo autónomo, no está dotado todavía de suficientes instrumentos de control, y en el que la actividad correspondiente puede llevarse a cabo en muchos casos de modo unilateral (sin necesidad de contrato o concierto con otros), e incluso sin visibilidad o manifestación externa».¹¹

⁸ Sobre la capacidad para trabajar en las explotaciones mineras, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El régimen jurídico del contrato de trabajo minero*, León: Universidad de León, 1997, págs. 47 y ss. o MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León: Universidad de León, 1997, págs. 86 y ss.

⁹ La previsión de que por el Gobierno se listen las actividades prohibidas implica el reconocimiento de estas y deja en vigor, por tanto, mientras las nuevas no se declaren, las del Decreto de 26 de julio de 1957 en cuanto se refieren al menor (no así en cuanto se refieren a la mujer, respecto de las que quedan derogadas). ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentarios, Jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 1995, pág. 60

¹⁰ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», *op. cit.*, pág. 298; GARCÍA VALVERDE, M.ª D.: «El trabajo de los menores y su protección», *RTSS*, CEF, núm. 204, 2000, pág. 27.

¹¹ GARCÍA MURCIA, J.: «El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos», *op. cit.*, págs. 2.165-2.166.

Como muy bien ha precisado la doctrina, en el artículo 6 del ET se ponen de relieve las consecuencias distintas de enfocar dicha norma como disposición aplicable solamente al trabajo prestado en virtud de un contrato laboral, y no a cualquier tipo de trabajo. Tal y como están redactados los números 1 y 2 y la sección en que está incluido el citado precepto, la protección que intentan dispensar no alcanza a todos los menores de dieciséis o de dieciocho años, sino únicamente a los incluidos en el ámbito de la ley, esto es, a los que trabajen por cuenta ajena. Pero, «¿va a ser lícito el trabajo de un niño de diez años en un taller de familia, o el de un joven de diecisiete años en una mina de su propiedad? Si la respuesta es, como deber ser, negativa, ¿en qué precepto legal van a estar consignadas estas prohibiciones?... Sería pintoresco que a medida que la legislación laboral va aumentando la edad mínima de admisión al trabajo, fuese reduciendo la protección dispensada a todo menor, precisamente por referir a los trabajadores por cuenta ajena preceptos que, en su origen, afectaban a todos los niños».¹²

A partir de este acertado razonamiento, cierto sector doctrinal ha postulado la posible aplicación de los límites y prohibiciones del artículo 6 del ET a otros modos de trabajo infantil, incluso a los desarrollados en el seno de actividades económicas de carácter familiar teniendo en mente el derecho constitucionalmente reconocido al pleno desarrollo de la personalidad y a la obtención de una protección adecuada para los menores de edad.¹³

3.1. Peculiaridades del trabajo prestado en la esfera familiar

En la esfera familiar el legislador laboral prefiere no interferir bajo la creencia de que el ejercicio de la patria potestad es el mejor instrumento de tutela de los intereses y la personalidad propia del menor. Pero cuando se trata de actividades que se consideran peligrosas para la salud, la seguridad o el desarrollo de la persona, parece excesivamente generoso permitir la ocupación del menor por el mero hecho de que la persona del empresario se sustituya por quien ejerce la patria potestad.¹⁴

Parece que en este contexto no se debe imposibilitar la prestación esporádica de ciertos servicios familiares en concepto de ayuda por menores que no tienen cumplidos dieciséis años, pero tampoco se debe permitir que estos presten servicios regularmente, sin proporcionarles las garantías propias de la legislación laboral,¹⁵ pues no se olvide que las prohibiciones de edad tienen por objeto la protección de

¹² El Reglamento de Policía Minera de 1897 prohibió la entrada en las minas a los menores de doce años. «¿Es admisible que ochenta años después esa prohibición esté solo vigente para trabajar en ellas por cuenta de otro, aunque se haya elevado a los dieciséis años?». SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: Círculo de Empresarios. Pirámide, 1980, págs. 120-121.

¹³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada», *RDS*, núm. 8, 1999, pág. 77. De seguirse este criterio, el requisito de la necesaria autorización de la autoridad laboral sería también aplicable a los demás supuestos pensables de intervención de niños en espectáculos públicos (por ejemplo, tratándose de actuaciones no retribuidas), HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, *op. cit.*, págs. 336-337, aunque sin llegar al punto de considerar incluidas en el ámbito de la norma las meras pruebas de selección que el niño pueda efectuar cara a una posible actuación. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 330.

¹⁴ Es de esperar que los padres no pongan nunca en peligro la salud o la integridad de sus hijos, pero cuando les están permitiendo, incluso les «obligan», a realizar trabajos que pueden ocasionarles algún perjuicio, emergen cuando menos dudas sobre el correcto ejercicio de la patria potestad. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada», *op. cit.*, pág. 77.

¹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 244.

los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los menores, y que se trata de derechos especialmente vulnerables que los poderes públicos han de preservar en todo caso, aunque ello implique cierta intromisión en la vida familiar –como por otro lado ocurre, con carácter general, cuando el inadecuado desarrollo de la patria potestad puede poner en peligro alguno de los derechos del menor–.

El Código Civil no alude a una edad mínima o máxima de contratación al referirse a los contratos de arrendamientos de servicios, o de mandato, pese a suponer una prestación personal de servicios. La ausencia de mención expresa a una edad mínima podría deberse, en el caso del arrendamiento de servicios, a que se considera excepcional el empleo de menores a través de esta clase de contratos –tradicionalmente pensados para las profesiones liberales, que exigen una titulación o una cualificación técnica que difícilmente puede tener un menor de edad–, pero lo cierto es que la Norma Común no dice expresamente que este tipo de contratos solo puedan utilizarse con este fin. Y, desde luego, nada justifica el que el legislador prescinda por completo de incorporar algún límite de edad en el caso del mandato, cuando, por su propia naturaleza, puede cubrir prácticamente cualquier actividad.¹⁶

Planteamiento distinto merecen otras actividades reguladas en normas no civiles, como el contrato de transporte. Ni el Código de Comercio ni la Ley de ordenación del transporte terrestre, ni su reglamento de desarrollo, hacen mención alguna a límites de edad para celebrar el contrato. Pero es que la fijación de una edad mínima –o máxima– en estos casos sería innecesaria, en tanto que la normativa exige el cumplimiento de unas condiciones de capacitación profesional, honorabilidad y capacidad económica, que difícilmente pueden conseguirse antes de los dieciocho años, y que se perderán cuando por su edad la persona deje de estar en las condiciones físicas y profesionales idóneas para el desarrollo de tal prestación de servicios, sin olvidar que, salvo para la conducción de ciclomotores, entran en juego otras prohibiciones legales indirectas tales como el permiso de conducción, la tarjeta de transporte, etc., que de facto impiden a los menores actuar como transportistas.

La tendencia muy generalizada a la efectividad de la escolarización de los jóvenes y adolescentes ha provocado, en la práctica, que también el acceso a las variadas modalidades de trabajo autónomo se verifique en edades incluso más avanzadas que las propias para el trabajo asalariado, si bien no cabe desconocer la existencia de ciertos sectores como la agricultura –en especial en épocas de siembra y recolección, dado que la familia campesina se comporta como una unidad de producción, trabajo y consumo, basada en la autoexplotación del trabajo no asalariado de sus miembros–,¹⁷ la hostelería o el comercio, en que los menores contribuyen en la explotación o empresa familiar.

Ciertamente, frente a la masiva incorporación de la infancia y la juventud al sistema educativo, todavía perviven importantes bolsas de pobreza en las cuales no resulta extraño acudir a los miembros más jóvenes de la unidad familiar para obtener unos ingresos económicos de subsistencia. Asimismo, la importante presencia de formas de economía sumergida puede constituir un fácil caldo de

¹⁶ Esta falta de mención a límites de edad es más criticable aun de tener en cuenta que el artículo 162.3 *in fine* del Código Civil autoriza al representante legal del menor para celebrar contratos por los que obligue a aquel a la realización de prestaciones de tipo personal, para lo que podría utilizarse un contrato civil de arrendamiento de servicios o de mandato. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 57.

¹⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, pág. 434.

cultivo para el uso indiscriminado de todo tipo de fuerza humana, incluida la de los jóvenes. Y es que, mientras que existe un rechazo generalizado del trabajo infantil en el ámbito del sector industrial y de servicios en régimen de subordinación, la valoración social no es la misma cuando se hace referencia al trabajo por cuenta propia y, en particular, a la denominada «ayuda familiar».¹⁸

Ese desplazamiento de la edad mínima de admisión para la prestación de servicios en empresas familiares es frecuente en los países del entorno: Alemania,¹⁹ Italia²⁰ o Portugal, cuya legislación considera que si el menor de dieciséis años desarrolla su actividad en una empresa familiar, debe realizar su prestación laboral bajo la supervisión y dirección de una persona mayor de edad.²¹ También se admite expresamente en los convenios de la OIT²² y resulta tolerado por la Directiva comunitaria 1994/33, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, cuando en su artículo 2 excluye de su ámbito de aplicación a los menores que realicen trabajos ocasionales o de corta duración relativos al servicio doméstico ejercido en hogares familiares, o trabajos que no se consideren nocivos, perjudiciales o peligrosos para los jóvenes en la empresa familiar a la vez que permite a los Estados, vía legislativa o reglamentaria, excluir la aplicación de sus previsiones para realizar trabajos en empresas familiares, siempre que su desarrollo sea ocasional o de corta duración,²³ quizá por entender que con ello se fomenta la participación y responsabilidad del menor.

La razón de ser de tal exclusión radica, sin duda, en la concepción de la familia como un ámbito demasiado particular, «íntimo y personal», para que penetre la legislación. Son los propios miembros de la unidad familiar los que imponen las «reglas de juego» y deciden cómo debe colaborar cada uno de ellos al sostenimiento de la unidad económica común,²⁴ incluida la empresa familiar. El legislador civil no se inmiscuye en la vida familiar más allá de lo estrictamente necesario y, por lógica, el laboral no lo hace en la organización del negocio familiar.²⁵

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: «Prólogo», a LOZANO ARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, op. cit., pág. 15.

¹⁹ El § 1619 BGB hace referencia al *deber de los hijos* que forman parte de la unidad familiar y que sean educados y alimentados por los padres, de *prestar sus servicios a los padres en su casa y negocio*. Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada», op. cit., págs. 74 y ss.

²⁰ Que reconoce el derecho de los hijos a obtener alguna retribución cuando como aprendices participan en la empresa familiar. En la doctrina italiana, entre otros, GALASSO, A.: «Impresa familiare e comunione tacite familiare nell'esercizio dell'agricoltura», *Rivista di Diritto Agrario*, 1976, t. I, pág. 170; GREGORIS, M.: «Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'impresa familiare», *Il Dir del Lav.*, núm. 6, 1986, pág. 517 o BRUNETTI, N.: «Figlio apprendista infraventunne e diritto agli assegni familiari», *Riv. gir.lav.prev.soc.*, núm. 3, 1991, págs. 243-253.

²¹ Esta regla constituye una excepción a la regulación que el artículo 122 del Código Civil portugués hace de la incapacidad general del menor y se justifica por la importancia que se concede al trabajo para la subsistencia del menor y de su familia. PALMA RAMALHO, M.R.: *Directo do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 93.

²² De hecho, seis de los once convenios de la OIT dedicados al principio de edad mínima consideraron como excepción admisible al mismo el trabajo en empresas familiares debido a la especial dificultad de hacer observar la legislación aplicable en tales empresas. LOZANO ARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, op. cit., pág. 113 y RUANO ALBERTOS, S.: *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, op. cit., pág. 83.

²³ Sobre el particular, RUANO ALBERTOS, S.: «El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional», *TS*, núm. 127, 2001, págs. 43-44.

²⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, op. cit., pág. 241.

²⁵ Las relaciones entre los familiares se ven desde el punto de vista patrimonial como una comunidad de intereses y valores en la que resulta innecesaria la acción tuitiva de la normativa laboral. Se ha definido la familia como una comunidad de bienes y de trabajo en cuyos beneficios y pérdidas participan, fundamentada en la propia unidad familiar convivencial como elemento personal y en la unidad económica como elemento real. STCT 29 septiembre 1987 (RJ 6416).

3.2. La prohibición de trabajar en el negocio familiar de los menores de dieciséis años ex artículo 9.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo

El hecho de que el trabajo se realice en beneficio de la comunidad parental, en modo alguno impide de la explotación del menor. Es más, en muchos casos puede dar cobijo a verdaderos abusos amparados en supuestos beneficios que el trabajo pueda tener para el desarrollo del menor, sin que resulte protegido por la normativa laboral.²⁶ Admitir, sin más matizaciones, que la legislación laboral no protege estas colaboraciones por la simple existencia de un vínculo familiar no es, desde luego, el modo más correcto de proteger los intereses y los derechos de los menores implicados, de ahí que el Grupo de Expertos que elaboró la primera propuesta estatutaria, titulada «Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo» propusiera la introducción de una «limitación» no tan estricta como la existente en el ámbito laboral, pues lo realmente decisivo es garantizar la efectiva escolarización de los menores.

3.2.1. Antecedentes legislativos

Conforme reconocía el Informe que acompañaba al precedente legislativo elaborado por el Grupo de Expertos designado por el Ministerio de Trabajo²⁷ –PLETA–, no cabe descartar, a la vista de la proscripción tan tajante del trabajo de menores en régimen de subordinación, que se busque, como vía elusiva de la prohibición, una fórmula encubierta de trabajo por cuenta propia, menos propensa a la efectividad de la vigilancia y control por parte de las autoridades públicas competentes.

Ello justificaría que reglas similares a las establecidas desde sus orígenes por la legislación industrial respecto de los menores en el trabajo deban extenderse también al ámbito del trabajo por cuenta propia, aun cuando sea preciso tener en consideración las especialidades manifiestas en tales formas de actividad. De hecho, en alguna ocasión el propio Tribunal Supremo ha sostenido que la prohibición del artículo 6 del ET tenía un carácter absoluto que se extendía no solo a las relaciones laborales sino también a otras prestaciones de servicios realizadas, por ejemplo, en razón de la colaboración familiar²⁸ y la doctrina ha considerado que lo dispuesto en el Convenio núm. 138 OIT rige con carácter general para todo tipo de actividad económica, por lo cual la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, con independencia del carácter de este, será aquella en la que finalice la escolarización obligatoria, que, en España, coincide con la edad de dieciséis años por expresa indicación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (art. 22).

La prohibición se redactaba en dicha propuesta estatutaria en los siguientes términos: «Quienes por razón de la edad y conforme a la legislación educativa se encuentren en el periodo de escolarización

²⁶ RUANO ALBERTOS, S.: «El trabajo de los menores de edad...», *op. cit.*, pág. 43.

²⁷ En octubre de 2004, el MTAS, a través de la Dirección General de la Economía Social, del Trabajador Autónomo y del Fondo Social Europeo, acordó constituir una Comisión de Expertos (integrada por CRUZ VILLALÓN, J.; DEL REY GUANTER, S.; MAROTO ACÍN, J.A.; SÁEZ LARA, C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., como coordinador) a la que encomendó una doble tarea; de un lado, efectuar un diagnóstico y evaluación sobre la situación económica del trabajo autónomo en España y, de otro, analizar el régimen jurídico y de protección social de tales trabajadores, elaborando al tiempo una Propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo (PLETA), que fue presentada al Gobierno en octubre de 2005, que difería en bastantes cuestiones del texto final aprobado en Cortes.

²⁸ SSTs Cont.-Adm. 7 septiembre 1995 (RJ 6704) y 23 marzo 1998 (RJ 2862).

obligatoria no podrán ejecutar trabajo autónomo, ni actividad profesional para familiares de forma continuada y habitual durante el periodo lectivo» (art. 8.1 PLETA), lo cual –cabía interpretar– no impediría, a sensu contrario, la realización de tales actividades por cuenta propia durante periodos no lectivos e, incluso, durante el curso escolar si tal prestación de servicios era meramente esporádica u ocasional.

Dicha fórmula exigía precisar los conceptos de «trabajo ocasional» (el número de veces que se produce a lo largo del tiempo) o «de corta duración» (el número de horas de dedicación a tal actividad) y su relación con el desarrollo óptimo del menor. Y a estos efectos resultaba de interés, el Informe elaborado por el MTAS, junto con UNICEF, sobre *el trabajo infantil en España*.²⁹ Dicho documento no parte exactamente del concepto de trabajo a efectos del Derecho Laboral, sino de uno más amplio, en el cual incluye cualquier actividad realizada por niños tanto en el ámbito familiar como fuera de él. A su vez distingue entre trabajo beneficioso –«ayuda»– y trabajo peligroso o explotador –«trabajo»–, de tal modo que únicamente considera como «trabajo» aquellas actividades realizadas durante más de dos horas diarias, cinco días a la semana. Esta distinción teórica es el resultado de considerar que un trabajo durante más tiempo no es compatible con la satisfacción de las necesidades infantiles básicas, especialmente con la educación formal, el ocio y el descanso, sin embargo, las tareas desarrolladas durante un tiempo menor, según el mencionado estudio, sí podrían compatibilizarse con las actividades infantiles y adolescentes y pueden considerarse como beneficiosas para el desarrollo de la responsabilidad y autonomía.³⁰

3.2.2. La prohibición final

La redacción definitiva del precepto –actual art. 9 LETA– no ha respetado la propuesta del Grupo de Expertos y tajantemente establece que «los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares», si bien para el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos por parte de los menores de dieciséis años se remite a lo establecido en el artículo 6.4 del ET.³¹

Además, y aun cuando en ello no incide la Ley 20/2007, cabe considerar que si la prestación de servicios –puntual o no– del menor consiste en la realización de tareas peligrosas, penosas o insalubres funcionará el límite de los dieciocho años, pues, por encima de la naturaleza del vínculo está el derecho del menor a la salud y a la integridad, cuyos representantes están obligados a proteger en todo caso, y con este tipo de actividades queda innegablemente cercenado.³² Prueba de ello es, de nuevo,

²⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «El trabajo familiar del menor de edad», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 32, 2006, pág. 13.

³⁰ AA.VV.: *El trabajo infantil en España*, materiales de trabajo, núm. 68, Madrid, 2000.

³¹ Haciendo un seguimiento del *iter* legislativo del precepto en cuestión cabe apreciar cómo el texto del Anteproyecto de ley no hacía una remisión tan genérica a la legislación laboral sino que concretamente establecía que «será obligatorio solicitar autorización expresa y singularizada a la Autoridad laboral, que la concederá siempre que no supongan peligro para su salud física o psíquica, ni sean incompatibles con su formación escolar y humana. La autorización deberá constar por escrito y para actos determinados» (art. 9.2 ALETA).

³² Considerando cierto sector doctrinal que la LETA «debería haber sido más protectora a la hora del establecimiento de las normas de acceso al trabajo de este colectivo menor». GONZÁLEZ DÍAZ, F., en AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia: Laborum, 2007, págs. 92-93.

que la Directiva comunitaria de protección de jóvenes solo permite a los Estados excluir la aplicación de la normativa sobre trabajo de menores en la empresa familiar si el trabajo que realiza el menor no es nocivo, ni perjudicial, ni peligroso. Interpretada dicha limitación a sensu contrario, supone que el desarrollo de actividades familiares que entrañen riesgo para el menor está terminantemente prohibido, debiendo funcionar en estos casos la prohibición absoluta que afecta a menores de dieciocho años.

Por último, y a efectos de garantizar la efectividad de estas prohibiciones, es necesario facultar a la autoridad administrativa para ejercer en este ámbito también sus facultades sancionadoras y, con ello, tipificar como infracción administrativa la correspondiente conducta ilícita. En este sentido, la propuesta estatutaria presentada por el Grupo de Expertos proponía como infracción muy grave –con la correspondiente reforma de la LISOS– la «transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral y en el Estatuto del Trabajador Autónomo», si bien posteriormente ha sido omitida tal tipicidad en el texto del Anteproyecto de ley y en la redacción definitiva de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

4. Peculiaridades del trabajo autónomo de los menores en espectáculos públicos

Pueden presentarse, y de hecho así sucede, situaciones aisladas de trabajo de menores, cuyos focos pueden ser más fáciles de pervivir en el trabajo por cuenta propia, particularmente en el vinculado a pequeños negocios familiares, donde puede tender a confundirse la colaboración en tareas domésticas, de indudable valor formativo y educativo, con la directa actividad laboral, en clave de ayudas familiares o similares. Y este fenómeno se produce, de facto, con mayor intensidad en las actuaciones en espectáculos públicos, artísticos o deportivos, que, por su vinculación al ocio y, sobre todo, a cierto tipo de éxito mediático, puede propiciar otro tipo de expectativas por parte de ciertos familiares.

Bien sea por el deseo de conseguir situarse en unos ámbitos de éxito social que aseguran unos ingresos económicos muy elevados, bien sea por la discutible pero extendida idea de que se trata de actividades desarrolladas en el ámbito del ocio y, por tanto, se presume comportan la ejecución de una tarea satisfactoria en lo personal, o bien por la expectativa de lograr rápidamente un estatus de prestigio social no alcanzable por vías profesionales ordinarias, lo cierto es que existe una común aceptación de la bondad de que desde muy temprana edad ciertas personas se dediquen a ese tipo de actividades artísticas y deportivas; y que lo hagan incluso en detrimento del tiempo dedicado a la educación reglada.³³

Para evitar estas nefastas consecuencias el *Estatuto del Trabajo Autónomo* (art. 9.2) remite la prestación de servicios –por cuenta propia, se entiende– en espectáculos públicos por parte de los menores a lo dispuesto en el artículo 6.4 del ET. Dicho precepto estatutario establece una excepción al límite de edad recogido en el apartado primero del mismo artículo de tal manera que, con carácter excepcional, se permite que los menores de dieciséis años intervengan en espectáculos públicos.

³³ CRUZ VILLALÓN, J.: «Prólogo», a LOZANO ARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, op. cit., págs. 15-16.

A partir de tal baluarte legal, las disposiciones de la reglamentación especial del contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos (RD 1435/1985, de 1 de agosto), en tanto que basadas en dicha excepcional admisión del trabajo infantil en este sector de actividad, pueden servir para abundar en una especialidad (la única) directamente avanzada por el Estatuto de los Trabajadores, que al respecto dispone que «la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados» (art. 6.4 ET).

Constituye, por tanto, una regulación del trabajo infantil que, atenuando su prohibición general con esta excepción, está guiada «por el ánimo de prevenir condiciones abusivas, evitar la realización por menores de actividades no aptas para su edad y formación, así como armonizar la participación en espectáculos públicos con su formación educativa».³⁴

No cualquier trabajo en espectáculo público está permitido, sino obviamente solo el que tiene carácter artístico. Por tanto, quedan fuera del ámbito de estas normas permisivas cualesquiera otros trabajos (de carácter técnico, administrativo, auxiliar, etc.) en espectáculos públicos. Además, la posibilidad de que un menor realice lícitamente un trabajo artístico en espectáculo público –pues son numerosas las obras de teatro, cine o televisión que razonablemente exigen la presencia de un actor infantil–³⁵ viene condicionada a que la misma sea absolutamente excepcional.

La interpretación de la norma reglamentaria apunta a que estos deben enmarcarse en necesidades estrictas de la programación o guion del espectáculo; la situación económica de la familia a la cual el menor pertenezca y a la que el rendimiento de su trabajo pudiera servir de alivio;³⁶ a que «cuenten con dotes artísticas o un determinado temperamento personal»³⁷ o, en fin, formen parte de espectáculos que tengan un mínimo «interés cultural o artístico».³⁸ Sin embargo, como muy bien apunta cierto sector doctrinal, la excepcionalidad requerida no puede descansar solo en criterios valorativos o subjetivos como los anteriores, debiendo prevalecer una interpretación más objetiva del requisito, dado que lo que la ley prohíbe es, sobre todo, la «habitualidad» del trabajo artístico por un niño en particular –o su «profesionalidad»³⁹–, ya que no puede estar concebida su intervención en espectáculos públicos como «posible medio de vida habitual»,⁴⁰ aparte, lógicamente, de su «necesidad» respecto de la obra o espectáculo de que se trate.⁴¹

³⁴ RAMOS QUINTANA, M.I.: «El trabajo de los menores», *op. cit.*, pág. 298.

³⁵ Por lo cual sería ir demasiado lejos prohibir radicalmente estas actuaciones. TORRES GALLEGU, E.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., Madrid: Asociación para el progreso de la Dirección, 1980, pág. 34.

³⁶ LÓPEZ NIETO Y MALLO, F.: *Espectáculos y establecimientos públicos*, Madrid: Abella, 1983, pág. 69.

³⁷ LOZANO LARES, F.: *La regulación del trabajo de menores*, *op. cit.*, pág. 116.

³⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 331.

³⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J.: *Condiciones de trabajo y seguridad social de los profesionales de la música*, Madrid: Iberautor, 2003, pág. 92.

⁴⁰ GARCÍA VALVERDE, M.ª D.: «El trabajo de los menores y su protección», *op. cit.*, pág. 27.

⁴¹ Conforme a la propia naturaleza de las cosas que se ofrezcan a la contemplación del público. HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, *op. cit.*, págs. 340-341. Algunas legislaciones, como la vecina de Portugal, son mucho más exhaustivas en este aspecto y así, en el artículo 140 Ley 35/2004, determina concretamente las horas de trabajo que puede realizar el menor a la semana, comenzando por una o dos horas si tiene más de un año de edad, hasta llegar a cua-

Dicha intervención artística no puede suponer en ningún caso peligro para la salud física,⁴² ni para la formación profesional o humana del niño. En este contexto, al no haber una lista⁴³ de las concretas actividades artísticas (y/o circunstancias) excluidas o prohibidas por motivo de su peligrosidad para la salud o formación del niño, el ámbito de la condición tendrá que ser delimitado, caso por caso, teniendo en cuenta la persona del menor, la naturaleza y tipo de intervención a realizar, así como el espectáculo, su contexto y demás circunstancias.

En definitiva, el ámbito de la excepción legal a la prohibición del trabajo infantil queda reducido básicamente a la intervención artística que conforma espectáculo público a través de medios técnicos de exhibición (radiodifusión o grabación de cualquier tipo para su difusión entre el público), prohibiéndose, pues, las actividades realizadas directamente ante el público que son prácticamente todas las pensables.⁴⁴

Por lo que se refiere a la concreta tutela de la formación profesional o humana del niño, cabe entender que dicho trabajo no puede afectar, de ninguna manera, a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o formación profesional o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben.⁴⁵ Por tanto, expresamente prohibido el trabajo de los menores en ellos, no

tro horas por día y ocho horas por semana si tiene entre doce y quince años, sin que este horario deba imposibilitar su participación en actividades escolares. Además, el trabajador solo puede ejercer su prestación laboral entre las ocho y las veinte horas o, teniendo una edad igual o superior a siete años y para participar en espectáculos de naturaleza cultural o artística, entre las ocho y las veinticuatro horas –aun cuando la actividad del menor debe suspenderse al menos un día por semana coincidiendo con el periodo de descanso escolar–. Con mayor detalle PALOMINO SAURINA, P.: «Estudio comparativo del trabajo infantil en España y Portugal», *AS*, núms. 7-8, 2007, págs. 89 y ss.

⁴² Debiendo entenderse en este sentido que la protección que efectúa el artículo 27 de la LPRL, destinado a transponer al ordenamiento interno las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 7 de la Directiva 94/33/CE, hay que entenderla referida a menores de dieciocho años (momento en el cual se adquiere la mayoría de edad) y mayores de dieciséis (edad mínima de admisión al trabajo en España), y, excepcionalmente, a los menores de dicha edad cuando se autorice su intervención en espectáculos públicos, siempre que no suponga peligro para su salud física y mental. Al respecto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgos», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid: Junta de Castilla y León, 2006, pág. 193. Con carácter general, sobre la prevención de riesgos laborales en el trabajo autónomo, mi monografía: *Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos*, Albacete: Bomarzo, 2006.

⁴³ El legislador no puede ofrecer un listado de actividades y puestos de trabajo artísticos prohibidos como se hiciera en el Decreto de 26 de julio de 1957 para el trabajo común. APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor*, op. cit., pág. 296. No obstante, deberán tenerse en cuenta las prohibiciones para los menores de dieciocho años resultantes, en primer lugar, de los Convenios de la OIT y de la Directiva 94/33/CE, que, entre otros, prohíben al niño los trabajos (y, entre ellos, por tanto, las intervenciones artísticas en espectáculo público) que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas; impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, radiaciones, agentes físicos, biológicos y químicos; presenten riesgos de accidente; pongan en peligro su salud por exponer al menor a frío o calor, ruidos o vibraciones; conlleven la manipulación de instrumentos, artefactos u objetos que contengan explosivos, gases comprimidos, o impliquen riesgos de tipo eléctrico de alta tensión; se realicen en recintos de animales feroces o venenosos o concurra riesgo de derrumbamiento y, en segundo término, del artículo 1 del Decreto de 26 de julio de 1957, que prohíbe a los menores de dieciocho años (y, por tanto, también a los menores de dieciséis) una serie de actividades, respecto de algunas de las cuales cabe, en hipótesis, su eventual realización como artísticas en espectáculos públicos (el manejo de prensas, guillotinas, taladros...; cualquier trabajo que se efectúe a más de cuatro metros de altura; todos aquellos que resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar excesivo esfuerzo o ser perjudiciales a sus circunstancias personales; el trabajo de transportar, empujar o arrastrar cargas que representen un esfuerzo superior o, en fin, actividades que supongan contacto con fieras, reses bravas –por lo cual no es posible la intervención de menores en espectáculos taurinos– o vehículos).

⁴⁴ HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, op. cit., págs. 352-353.

⁴⁵ Artículo 5.2 de la Directiva 94/33/CE.

tanto para salvaguardar la salud física del menor, cuanto su moralidad, cabe considerar además de los espectáculos de circo, variedades y cabarets, los espectáculos pornográficos⁴⁶ y la práctica totalidad de los que supongan actuación en vivo ante el público.⁴⁷

El artículo 6.4 del ET contrae su mandato, además, a «actos determinados»,⁴⁸ lo que con toda seguridad supone la adicional exigencia (a efectos de la concesión de la autorización administrativa que sigue) de que están perfectamente delimitadas tanto la naturaleza y tipo de intervención artística de que se trate (como actor, cantante, músico, figurante,...) como el concreto espectáculo en el que la misma se vaya a insertar (guion, película cinematográfica,...), así como, sobre todo, sus circunstancias de lugar y de tiempo, esto es, la localidad, fechas y horas⁴⁹ en que haya de realizarse la actuación, etc.⁵⁰

Por último, el concreto trabajo artístico del menor tiene que ser, sin excepción, autorizado con carácter previo por la autoridad competente, lo cual no constituye el ejercicio de una potestad administrativa «discrecional», en el sentido de poderse otorgar el permiso o no hacerlo en atención a criterios de oportunidad que ella misma valora,⁵¹ sino de constatar y resolver, mediante el conjunto de las circunstancias personales (antecedentes, estado de salud,...) y profesionales (tipo de intervención y de espectáculo, frecuencia, jornada, horario, descansos,...), la adecuación del orden jurídico preestablecido—convenios internacionales, normativa comunitaria, legislación nacional— al caso concreto, motivando, en caso afirmativo, la autorización o, de lo contrario, su denegación.⁵²

Esta autorización deberá ser solicitada por los representantes del menor, esto es, sus padres conjuntamente (arts. 154 y 162 CC) o en solitario (art. 156 CC)—o el tutor si el menor está sometido a tutela (art. 262 CC)— y es imprescindible que se formalice por escrito, de tal manera que la ausencia de este requisito podría provocar la nulidad o ineficacia del contrato artístico del menor.⁵³

En cualquier caso, la referencia a la intervención de menores en espectáculos públicos no deja de suscitar ciertas reservas en la medida en que obliga a interrogarse acerca de la calificación que, desde el punto de vista de las modalidades de trabajo, pueda o deba darse a la participación de un

⁴⁶ Artículo 34 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 3 Convenio OIT núm. 182, sin olvidar lo previsto al respecto por el artículo 189 del Código Penal.

⁴⁷ Entre ellos, los llevados a cabo en edificios o locales; teatros, conciertos, circos, variedades y folclore, espectáculos taurinos, así como cualesquiera otros celebrados en «establecimientos públicos», tales como cafés, teatros, tablaos flamencos, etc. (Apartados I y IV del Anexo al Reglamento General de Policía de Espectáculos –RD 2816/1982, de 27 de agosto—).

⁴⁸ Como señalan ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentario y Jurisprudencia*, op. cit., pág. 61, «actos», en este contexto, equivale a representaciones o actuaciones en el espectáculo público de que se trate.

⁴⁹ La doctrina se ha decantado por la admisibilidad del «trabajo continuado, en su caso, del menor-trabajador en un determinado espectáculo», sin que el precepto legal excluya absolutamente que el menor pueda trabajar en todas las representaciones que se ofrezcan, por ejemplo, de una obra de teatro, en un determinado lugar. ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, op. cit., pág. 56.

⁵⁰ HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, op. cit., pág. 342.

⁵¹ En este sentido, en cambio, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: «Relación especial de trabajo...», op. cit., pág. 196 o ROQUETA BUIJ, R.: *El trabajo de los artistas*, op. cit., pág. 38.

⁵² APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor...*, op. cit., págs. 278 y 290-291 y HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, op. cit., pág. 355.

⁵³ APILLUELO MARTÍN, M.: *La relación de trabajo del menor de edad*, op. cit., pág. 293.

menor en espectáculo público. Como con acierto ha precisado algún comentarista, «¿acaso vale aquí la división ordinaria entre trabajo asalariado o trabajo autónomo? ¿No estamos ante un supuesto muy especial?», pues si no parece que tenga mucho sentido hablar de participación de un menor en espectáculos públicos desde la perspectiva del trabajo autónomo también hay que reconocer que tampoco encaja del todo en el molde del contrato de trabajo, surgiendo el interrogante de si no estaremos ante una forma de negocio familiar o, cuando menos, ante una actividad auspiciada y controlada por quienes representan a dicho menor.⁵⁴

III. EL ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FAMILIARES DEL EMPRESARIO

Al margen del supuesto general incluyente de los trabajadores por cuenta ajena, el campo de aplicación del Régimen General de Seguridad Social se delimita también mediante exclusiones, como técnica jurídica específica de delimitación negativa. Lejos de lo que pudiera deducirse de una primera lectura del artículo 98 de la LGSS, el régimen de las exclusiones se contiene en un grupo normativo más complejo y heterogéneo, formado esencialmente por el artículo 98, la disposición adicional vigésima séptima y los artículos 7 y 97 de la LGSS. Estas exclusiones se basan en la inexistencia de trabajo profesional o en el carácter peculiar de la actividad profesional desplegada.

En primer lugar está la exclusión de los trabajos familiares, bajo la presunción *iuris tantum* –pues cabe probar la efectiva condición de trabajador, a pesar de la existencia de vínculos familiares–. Conforme al artículo 7.2 de la LGSS, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo. Se excluyen, igualmente, del Régimen General los trabajos que den lugar a la inclusión en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social [art. 98 b) LGSS] y los trabajos marginales y no constitutivos de medio fundamental de vida.

1. Una cuestión previa: la noción de trabajador autónomo a efectos de su inclusión en el RETA

Como es sabido, el ordenamiento no proporciona ninguna definición general, de validez universal, sino tantos conceptos como sectores normativos recurren a esta figura para definir los supuestos de hecho de sus reglas y atribuirles efectos jurídicos. A efectos de su inclusión en el repetido régimen especial, se entiende como trabajador por cuenta propia o autónomo «aquel que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción, por ello, a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas» (art. 2.1 DRETA). Esta noción general se complementa con la presunción *iuris tantum* a favor de la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo de quien ostente la titularidad de un establecimiento abierto

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J.: «El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos», *op. cit.*, pág. 2.166.

al público⁵⁵ como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo (art. 1.3). La mención de que el establecimiento debe estar «abierto al público» introduce cierta complejidad, porque parece implicar una actividad comercial minorista, lo que excluiría las industrias, talleres o establecimientos que no trabajan directamente para el público, sino mediante encargo para otros empresarios. De ahí que para superar esta limitación se entienda cumplido el requisito con el ejercicio efectivo de la actividad.

La referencia a la actividad lucrativa permite avanzar en la delimitación del campo de aplicación de este régimen por la vía negativa, que lleva a considerar excluidas un conjunto de actividades, tales como las meramente recreativas, formativas, deportivas, las prestadas con finalidad altruista o por razones amistosas o de buena vecindad, o las generadoras de productos para el exclusivo autoconsumo (propio o familiar). Estas actividades tienen el común denominador de la ausencia de contenido económico o de ánimo de lucro de quienes las llevan a cabo. Sin embargo, y a diferencia de cuanto sucede con relación a la regulación de algún otro régimen especial,⁵⁶ no existe exigencia en este caso de que los ingresos obtenidos por el ejercicio de esta actividad económica a título lucrativo deban representar un nivel determinado en orden a la cobertura de las necesidades propias y familiares, con la excepción de la posible inclusión, a partir del 1 de enero de 2008, en el sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios.

Si bien la condición de empresario no conlleva *ipso iure* la de trabajador autónomo susceptible de inclusión en el RETA, no es menos cierto también que la condición de empresario no es óbice para su eventual calificación como tal categoría de trabajador. A tal efecto, la Dirección General de la Seguridad Social⁵⁷ ha considerado que la exigencia de la realización de actividad directa no exige, «contrariamente a lo que podría deducirse de una interpretación superficial del precepto, que se realice una actividad material concreta... sino que refiriéndose esa nota a la actividad económica, es claro que abarca supuestos más amplios, como los relativos a la dirección y gestión de la empresa y que, por tanto, la actividad empresarial directa está incluida, a este título, dentro de la actividad económica lucrativa», lo que ha de conllevar, de acreditarse el resto de requisitos exigidos, la inclusión en el RETA.

Sin embargo, en la delimitación conceptual del ámbito aplicativo, la norma reguladora parte de un doble error consistente en identificar trabajo autónomo y trabajo por cuenta propia y en definir

⁵⁵ La licencia fiscal –hoy impuesto de actividades económicas– no es equivalente a la titularidad y no constituye el hecho de base (SSTS Cont.-Admtivo. 4 mayo 1996 –RJ 5285– y 3 mayo 1999 –RJ 3969–), aunque, desde luego, parece que debería ser un indicio relevante en orden al juego de una presunción judicial del artículo 386 de la LEC. La STS Cont.-Admtivo 23 marzo 1998 (RJ 2865) señala que la presunción no se rompe por el alta en el Régimen General por otra actividad y con un contrato de arrendamiento del local con otra persona. La STS Cont.-Admtivo. 24 septiembre 1999 (RJ 7941) llega a la misma conclusión en un caso en que, además del alta del titular en el Régimen General, se había contratado a dos trabajadores para atender la papelería, razonando que no se había acreditado que estos hubiesen sido contratados para desempeñar «la función de dirección de la papelería de su propiedad, porque no se desvirtúa la presunción cuando no se desarrolla actividad probatoria encaminada a acreditar quién atiende y regenta habitualmente el negocio o a constatar la existencia de otra persona que sustituyera al propietario» [SSTS Cont.-Admtivo. 25 octubre 1996 (RJ 7512) y 20 diciembre 1996 (RJ 8966)].

⁵⁶ La actividad económica a título lucrativo puede ser desempeñada, en principio, en cualquiera de los sectores productivos. No obstante, por el juego de las exclusiones específicas, si las actividades en cuestión se desarrollan en el ámbito marítimo pesquero, prevalece la incorporación de quienes las realizan como trabajadores por cuenta propia en el Régimen Especial del Mar, al amparo de las correspondientes normas reguladoras del mismo, y en tanto que se reúnan los requisitos y condicionamientos exigidos en cada supuesto.

⁵⁷ En Resolución de 28 de septiembre de 1973.

el trabajo por cuenta propia como un trabajo no sujeto a un contrato de trabajo. Y es que, como brillantemente ha expresado la doctrina que mejor se ha ocupado del tema, aunque todo trabajo por cuenta propia suele ser autónomo, hay trabajos autónomos que pueden ser por cuenta ajena.⁵⁸

En el trabajo por cuenta propia falta la nota de la ajenidad, entendida como la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad del trabajo, lo que suele determinar también la ajenidad en los riesgos y, normalmente, la llamada ajenidad en el mercado, en la que el trabajo no se contrata para satisfacer necesidades personales, sino por un empresario que lo que pretende es comercializar sus productos. En general, y en el marco de una economía evolucionada, los frutos del trabajo no se mantienen en la esfera del trabajador (autoconsumo), sino que se transfieren a otros, que son los que los consumen. Pero lo que define la ajenidad no es esa transferencia del producto a otro (alteridad), sino el hecho de que lo sea anticipadamente, o de que la atribución de los frutos sea originaria desde el momento de su producción, porque en realidad lo que se ha adquirido es el trabajo que genera los frutos y no estos.

Así, el artesano que vende en su taller las piezas que previamente ha producido, está realizando un trabajo por cuenta propia, porque el producto le pertenece y por ello lo vende, con lo que el desplazamiento patrimonial se produce por un negocio jurídico –compraventa– completamente ajeno al trabajo. Pero si lo que se contrata es la mera actividad, aunque sea de forma independiente –es el caso típico del arrendamiento de servicios– estamos ya ante un trabajo por cuenta ajena. Lo que sucede es que ese trabajo por cuenta ajena puede ser dependiente o independiente o autónomo (existiendo este último cuando el trabajador puede disponer plenamente sobre el modo de la ejecución del trabajo, sin que se produzcan condicionamientos jurídicos en su realización).

La dependencia, por contra, constituye un concepto menos nítido y más flexible, en el que «los extremos están claros, pero hay gradaciones importantes en función de factores técnicos y organizativos».⁵⁹ Alude a un modo de ser de la prestación de trabajo humano, cimentado en la incorporación del trabajador a una organización ajena y, como consecuencia, en la mediatización de su trabajo por un tercero, quien actúa desde una posición de supremacía⁶⁰ en cuanto titular, tanto de los medios de producción, como del resultado de la actividad productiva. Cuando una persona distinta a quien realiza el trabajo ostenta un poder jurídico de disposición sobre el esfuerzo laboral de este último, privado del control sobre el modo de ejecución de su prestación, existe un trabajo dependiente o subordinado, es decir, «la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo del trabajador para aplicarla en interés de aquel».⁶¹ Así, la dependencia aparece unas veces como subordinación en su sentido más estricto, alcanzando a todos los aspectos relativos al modo, lugar y tiempo de la prestación –nunca, eso sí, como sumisión absoluta, pues «la restricción de las potestades del empleador de trabajadores» es, precisa-

⁵⁸ Siguiendo a DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Valladolid: Lex Nova, 2004, pág. 59.

⁵⁹ Brillante y ejemplificadora definición de DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, op. cit., pag. 60.

⁶⁰ CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid: Akal, 1981, págs. 63 y 117; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 159 o ALBIOL MONTESINOS, I.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *CCDT*, núm. 1, 1971, págs. 1 y ss.

⁶¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», op. cit., pág. 158. La nota de dependencia debe ser predicada respecto del trabajador cuyo trabajo no aparece continuamente ordenado sino eventualmente interferido, pues «la dependencia se traduce en un permanente poder de especificación del objeto del contrato» [VENEZIANI, B.: «Nuove tecnologie e contratto de lavoro», *GDLRI*, núm. 33, 1987, pág. 24].

mente, lo que le diferencia del señor de esclavos—,⁶² pero puede aparecer también como una mera acomodación de la actividad a desarrollar a los objetivos, condicionamientos y programas de una organización productiva ajena a cuyo servicio se contrata.⁶³

Normalmente el trabajo por cuenta propia es trabajo autónomo, aunque hay una zona de trabajo independiente que puede ser por cuenta ajena: el ejercicio libre de profesiones liberales a través de arrendamiento de servicios,⁶⁴ o las actividades mercantiles de mediación y transporte.

En definitiva, el ámbito subjetivo del RETA abarca tanto a trabajadores por cuenta propia como a trabajadores independientes, categorías que en algunos casos coinciden, pero en otros no. Y además, pese a lo que afirma la norma, no puede considerarse trabajo autónomo y/o independiente a todo aquel que no está sujeto a contrato de trabajo, pues aunque esta es una institución que cubre normalmente el trabajo dependiente por cuenta ajena, hay actividades que reúnen estas características y que no están sujetas a contrato de trabajo, como es el caso de los funcionarios,⁶⁵ del llamado personal estatutario y de los contratados en régimen administrativo, a quienes nadie consideraría incluidos en el RETA, pese a la desafortunada identificación entre actividad autónoma y actividad no sujeta a contrato de trabajo que contiene el Decreto 2530/1970.

La actividad económica del trabajador autónomo debe además realizarse de forma habitual, lo cual conecta con la idea de continuidad en el desarrollo de la actividad —que en los trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de esta—, es decir, a la realización de un trabajo con profesionalidad, con cierta dedicación.⁶⁶

Las dificultades de construcción de la noción de habitualidad —con sus innegables consecuencias prácticas para la integración en el RETA de los familiares o para la concesión de autorización para el trabajo por cuenta propia de inmigrantes extranjeros y colaboradores en medios de comunicación⁶⁷— se han intentado salvar por la jurisprudencia acudiendo al símil «actividad habitual-actividad principal» en relación con los subagentes de seguros, a partir de la premisa de que la relación profesional de estos no es laboral, sino que constituye un trabajo independiente de carácter mercantil.⁶⁸ Desde esta perspectiva,

⁶² ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pág. 75.

⁶³ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN GÓMEZ-PÉREZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Madrid, 1997, pág. 14. GALIANA MORENO, J.M.^a: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Barcelona: Bosch, 1979, págs. 42 y ss.

⁶⁴ MORENO LISO, L.: «Nueva delimitación de fondo de la libre prestación de servicios del abogado», *AS*, 2003, T. V, págs. 500 y ss.; VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.^a T.: «Abogados en prácticas. ¿Profesión regulada? Comentario a la STJCE de 13 noviembre 2003, *AS*, 2003, T. V, págs. 507 y ss. o MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El espacio profesional del Graduado Social y del licenciado en Ciencias del Trabajo*, León: Universidad de León, 2004, págs. 65 y ss.

⁶⁵ Sobre el particular, muy detenidamente, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2003.

⁶⁶ Una delimitación de la figura en BALLESTER PASTOR, I.: «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *RTSS. CEF*, núm. 17, 1995, págs. 26 y ss.

⁶⁷ Por ejemplo el *freelance* o colaborador «libre», MOLINA NAVARRETE, C.: «Trabajadores en la frontera: Comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», *RTSS. CEF*, núm. 295, 2007, pág. 59.

⁶⁸ Si bien la STS 16 febrero 1998 (RJ 1809) aprecia la laboralidad de la relación del subagente, argumentando que no puede deducirse que el vínculo tenga carácter mercantil, pues ello «dependerá del caso en concreto», pues la relación será laboral cuando reúna los requisitos del artículo 1.1 del ET, es decir, si se prestan los servicios por cuenta del agente y/o de la aseguradora y dentro del ámbito de organización y dirección de este. Un problema adicional es si entre el agente y

se afirma por la doctrina legal⁶⁹ que la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser la «principal» actividad productiva que el trabajador desempeñe, y esta nota no se aprecia en los subagentes productores de seguros, «toda vez que esta labor es secundaria o complementaria de otra principal que constituye el núcleo central de la actividad productiva».

Este criterio, utilizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido muy criticado por la doctrina laboralista, en la medida en que, a diferencia de lo que ha ocurrido tradicionalmente en el Régimen Especial Agrario, el carácter principal de la actividad no es un criterio normativo de delimitación en el RETA y además, cuando no existe una actividad concurrente con la principal, la habitualidad debe seguir operando como criterio de delimitación. Quizá por ello, un segundo criterio jurisprudencial utilizado –en esta ocasión por la Sala de lo Social–⁷⁰ para intentar deslindar la correcta ubicación de esta compleja figura, pasa por atender –a partir también de la no laboralidad de la relación– a la «suficiencia de las retribuciones percibidas», para determinar si la actividad puede considerarse habitual.

Pese a reconocer que sería más correcto recurrir a módulos temporales que a parámetros retributivos para delimitar la habitualidad, lo cierto es que, a juicio de la Sala, la experiencia muestra que en las actividades de los trabajadores autónomos el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido, y en este sentido considera que «la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad», y ello tanto por ser indicativo de permanencia y continuidad en el trabajo, como por su objetividad, que excluye la necesidad de una ponderación subjetiva de la significación de los ingresos, que no se considera adecuada a efectos de establecer el encuadramiento en la Seguridad Social. Esta innovadora solución, exponente claro de la asunción por parte de la jurisprudencia de una función *cuasi legislativa*, ha sido también cuestionada por la doctrina⁷¹ en la medida en que pone sobre el tapete problemas de mayor calado que exigirían un replanteamiento de la cotización en el RETA.

El problema de la habitualidad se ha suscitado también en relación con el trabajo de los «agentes de seguros», pero en esta ocasión la Sala 4.ª del Tribunal Supremo ha resuelto el problema no a partir de la presunción del nivel de ingresos, como en el caso de los subagentes, sino atendiendo a la actividad típica que requiere el contrato de agencia⁷² y que exige por sí misma un estándar de profesionalidad –al margen de la supresión de la colegiación obligatoria del colectivo– que lleva implícita la dedicación estable y continuada que es propia de un trabajo habitual.

el subagente cabe un contrato de agencia, pues en ese caso sería aplicable la regla del artículo 2.2 de la Ley 9/1992, que establece el elemento decisivo de diferenciación en la posibilidad de que el mediador «no pueda organizar su actividad, ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios», frente a las reglas más flexibles del riesgo y ventura y de la organización empresarial autónoma del RD 1438/1985.

⁶⁹ SSTS Cont.-Adm. 21 diciembre 1987 (RJ 9582) y 2 diciembre 1988 (RJ 9310).

⁷⁰ Pionera en este sentido la STS 29 octubre 1997 (RJ 7683), que daría lugar a una larga serie de sentencias en el mismo sentido. Sobre el particular, por todos, BALLESTER PASTOR, I.: «¿Existe una medida de la 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 Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril del 2000», *AS*, núm. 20, 2002, págs. 1129 y ss. y GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Los problemas del encuadramiento en el RETA en la jurisprudencia reciente», *AL*, núm. 3, 2002, págs. 1.011 y ss.

⁷¹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid, 2002, pág. 572.

⁷² Entre otras, SSTS 14 febrero, 10 y 18 junio, 10 julio y 11 noviembre 2002 (RJ 3790, 7722, 7428, 9215 y 2003, 1916) y 18 marzo y 9 diciembre 2003 (RJ 4836 y 9369).

En resumen, la noción polémica de la habitualidad es interpretada por doctrina y jurisprudencia a partir de tres orientaciones diversas que tienen una influencia clara en la delimitación de la empresa familiar. En primer lugar, en un sentido temporal, de manera que trabajo habitual es sinónimo de trabajo ejecutado con periódica dedicación. En segundo lugar, la actividad habitual se identifica con la actividad principal; con una actividad constitutiva del núcleo central de la actividad económica y, finalmente, y esta es la interpretación seguida por la jurisprudencia laboral ordinaria más reciente, la habitualidad se vincula con la suficiencia de los ingresos obtenidos por la realización del trabajo.

Las consecuencias de cada una de estas orientaciones en lo que concierne a la inclusión o exclusión de los familiares en el ámbito del RETA difieren. La utilización de la referencia temporal deja extramuros del RETA a los familiares que prestan su trabajo de manera episódica, sin continuidad ni dedicación. De su lado, el recurso a la actividad principal excluye a aquellos para los que el trabajo familiar constituye una labor secundaria o complementaria de otra principal. El empleo de un módulo retributivo, en fin, termina desprotegiendo a quienes no obtienen, de la empresa familiar, ese mínimo de suficiencia, eventualmente cuantificado por referencia al salario mínimo interprofesional.

En fin, los problemas derivados de la aplicación de la nota de la habitualidad al concepto mismo de trabajo familiar —que no lo define el legislador—⁷³ y, por consiguiente y de manera traslativa, a la delimitación del ámbito aplicativo del RETA son, en realidad, problemas reflejos de otro previo o anterior, que tiene que ver con la tradicional resistencia del ordenamiento jurídico patrio a considerar el trabajo autónomo a tiempo parcial como un trabajo jurídicamente relevante a efectos de Seguridad Social. Y desde esta perspectiva más global es desde la que deberían afrontarse y, en su caso, resolverse los problemas de reubicación de los familiares en el escenario de la protección social.⁷⁴

Por último, conviene mencionar la flexibilidad concedida a ciertos colectivos para decidir sobre el encuadramiento en el RETA. En concreto, quedan exentos de la obligación de alta en el mismo «los colegiados que opten o hubieran optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, a condición de que la misma cumpla determinados requisitos reglamentarios»⁷⁵ y, por su parte, las cooperativas de trabajo asociado pueden elegir, a la hora de afiliar a sus socios trabajadores, o bien por asimilarlos a trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso quedan encuadrados en el Régimen General, o en alguno de los Regímenes especiales de Seguridad Social, de acuerdo con la actividad desarrollada, o bien por considerarlos trabajadores autónomos, afiliándolos al régimen especial que corresponda.⁷⁶ La opción queda remitida a la voluntad social, expresada, con criterios de igualdad para todos, en las normas estatutarias.

⁷³ Debiendo ser entendido como «aquel prestado en comunidad por miembros de una familia o acogidos a ella en cuyos beneficios y pérdidas todos participan, reforzándose a través de la comunidad de trabajo los deberes ordinarios civiles de mutuo auxilio y alimenticios», ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.^a ed., Madrid: Civitas, 1995, pág. 27. «Una comunidad de trabajo y de intereses, en cuyo beneficio y pérdidas todos participan, fundamentada en la unidad familiar convivencial», STS 25 junio 1984 (RJ 3358).

⁷⁴ Informe de la Comisión de Expertos, designada por el MTAS, para la elaboración de un «Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo» —PLETA—, octubre 2005, pág. 157.

⁷⁵ Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Sobre el particular *cf.* el excelente estudio de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional? (A propósito de la nulidad del artículo 17.2.2.º RD 1430/2002)», RTSS. CEF, núm. 267, 2005, págs. 55-76.

⁷⁶ Disposición adicional cuarta.1 de la LGSS.

2. El trabajo familiar: problemas de encuadramiento en la Seguridad Social

2.1. Planteamiento de partida

Tal y como cabe intuir a partir de una interpretación literal de las normas reguladoras –art. 3, apartados b) y c), del Decreto de 20 de agosto de 1970 (DRETA) y artículos 2, 3 y 4 de la Orden Ministerial de 24 septiembre de 1970 (ORETA)– están incluidos obligatoriamente en el RETA el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores autónomos que, de forma habitual, personal y directa, colaboren⁷⁷ con ellos mediante realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto de aquellos.

Inicialmente fueron las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta propia las que determinaron la inclusión de los familiares del autónomo en las mismas con idéntica condición.⁷⁸ La regulación no parecía lo suficientemente acabada por lo que hubieron de ser los Tribunales quienes intervinieron en la interpretación de tales normas y así, a partir de 1970 con la aprobación del Decreto regulador del RETA se suplieron las deficiencias y vaguedades de la normativa anterior, precisándose el modo y condiciones respecto de la inclusión de los familiares afines.⁷⁹

Existe, sin embargo, una importante y polémica contradicción entre las normas laborales y de Seguridad Social que culminan con una disparidad entre lo establecido en los artículos 1.3 e) del ET y 3 b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto –ya que si en el primero la presunción *iuris tantum* de no laboralidad de determinados familiares del empleador se limita a los familiares de segundo grado, en el ámbito del RETA se amplía el supuesto hasta los familiares del tercer grado–.

Al margen de esta cuestión, del juego combinado de los artículos 7.2 de la LGSS y 3 b) del Decreto 2530/1970, el encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del autónomo puede dar lugar a tres situaciones diferentes⁸⁰ –a veces sucesivas entre sí por la propia disparidad de criterios entre órganos administrativos y judiciales–,⁸¹ ya que:

1. Los familiares del autónomo pueden y, por lo general, deben quedar incluidos en el RETA⁸² (o, en su caso y en función de la actividad en el otro régimen que encuadra a trabajadores por cuenta propia –a partir de 1 de enero de 2008, únicamente el de trabajadores del mar–).⁸³

⁷⁷ De acuerdo con los datos de la Seguridad Social correspondientes al primer trimestre de 2007 –<http://empleo.mtas.es/iniciotrabajo/autonomos.htm>–, el número de colaboradores familiares en alta en la Seguridad Social asciende a algo más de 194.000 personas, de las que el 50,5 por 100 son varones, y el 49,5 por 100 mujeres.

⁷⁸ Ampliamente sobre el particular PIÑEROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 52.

⁷⁹ LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona: Aranzadi, 1996, págs. 186-187.

⁸⁰ Siguiendo a PANIZO ROBLES, J.A.: «Las modificaciones en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (A propósito de las medidas de Seguridad Social contenidas en el Estatuto del Trabajo Autónomo y en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se integran en el Régimen de Autónomos a los trabajadores por cuenta propia agrarios)», *RTSS. CEF*, núms. 293-294, 2007, pág. 73.

⁸¹ Paradigmático ejemplo de cambio en el régimen de encuadramiento en STSJ Galicia 30 junio 2003 (AS 3581).

⁸² Un exhaustivo análisis en ORTEGA PRIETO, E.: *El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios: régimen general o de autónomos*, Barcelona: Praxis, 1999, págs. 86 y ss.

⁸³ Sus peculiaridades de encuadramiento en CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Madrid: Civitas, 1999.

2. Tales familiares deben quedar incorporados al Régimen General (u otros regímenes de trabajadores por cuenta ajena, en función de la actividad desempeñada) cuando acrediten una relación laboral con el familiar autónomo.⁸⁴
3. Por último, los familiares pueden quedar extramuros del sistema (cuando no llevan a cabo una actividad lucrativa o no colaboran de forma habitual en la actividad o negocio familiares).⁸⁵

2.2. La edad como elemento configurador de acceso al RETA

El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos suele observarse desde la perspectiva de los colectivos que, en razón del tipo de actividad profesional desarrollada, son objeto de inclusión «obligatoria» en el mismo. Sin embargo, poco se ha escrito acerca de la edad como elemento configurador del acceso a tal régimen, cuestión que no queda resuelta⁸⁶ por la simple declaración efectuada por el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de inclusión obligatoria en el mismo de los «españoles mayores de dieciocho años» –si bien, como consecuencia de la modificación operada en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 7 de la LGSS, a los extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) que residan o se encuentren legalmente en España, se les equipara a los españoles, a efectos de su integración en el sistema y en lo referente al nivel contributivo–.

2.2.1. El encuadramiento del menor emancipado

A priori, deben ser mayores de dieciocho años las personas que realizan una actividad por cuenta propia a efectos de quedar incluidos en el RETA,⁸⁷ si bien algún pronunciamiento jurisprudencial ha permitido que un menor emancipado se afilie al régimen, porque se atiende no simplemente a que el sujeto en cuestión tenga una edad objetiva exigida en la norma –dato externo realmente a la situación particular de cada trabajador–, sino que se entra a analizar que el trabajador es titular de una empresa y, por su condición de emancipado, puede realizar todas las actividades que le son propias, por lo cual, habiéndole ya reconocido el Derecho en la práctica el ejercicio de la capacidad de obrar en todas las actividades que realiza como titular de un negocio, no tendría sentido negarle la afiliación a un régimen que no debería dejar fuera a personas que cumplen los requisitos necesarios –salvo la edad, cabe entender– para verse incluidos dentro de él.

⁸⁴ Para acreditar la existencia de relación de trabajo determinante de válida afiliación al RGSS es preciso acreditar que la actividad se presta «dentro del ámbito de dirección y organización de otro y que el servicio se haga a cambio de una retribución», STS 23 enero (dos) (RJ 196 y 197), 5 marzo (RJ 1756), 23 abril (RJ 3480) y 21 septiembre 1990 (RJ 7926); o lo que es igual, es necesario probar la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquella, que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el artículo 1 del ET. Entre otras, STSJ Galicia 5 marzo o 11 mayo 2001 (JUR 129641 y 173536) o 30 junio 2003 (AS 3581).

⁸⁵ Interesante al respecto la STSJ Canarias/Las Palmas 25 octubre 2002 (AS 2003, 2048), considerando existente relación laboral –y no un mero trabajo familiar– entre un empresario y su sobrino –a la sazón menor de edad–, valorando las circunstancias de la convivencia familiar ante el inicio de un procedimiento sancionador. *Contra*, apreciando la inexistencia de contrato de trabajo por tratarse de un trabajo familiar excluido del ET, realizado por parte de la hija de la contable de la empresa, STSJ Comunidad Valenciana 16 mayo 2006 (JUR 271370).

⁸⁶ RIVAS VALLEJO, P.: «El trabajo de los menores en el negocio familiar: la contradicción entre inclusión obligatoria y exclusión por edad», en AA.VV. (AESSS): *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia: Laborum, 2007, pág. 49.

⁸⁷ Tal y como corroboran las SSTSJ Cataluña 20 junio 2001 (AS 3222); Comunidad Valenciana 5 marzo 2001 (JUR 191850) o Murcia 6 mayo 2002 (AS 1633).

Si bien es cierto que el artículo 315 del Código Civil establece la mayoría de edad a los dieciocho años, no lo es menos que el artículo 323 de dicho cuerpo legal determina que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona o bienes como si fuera mayor, por lo cual aun cuando tenga algunas limitaciones como no poder 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 un tutor, tales limitaciones «no alcanzan a que pueda ser titular de una empresa, por lo que si además realiza una actividad empresarial... es obvio que debe afiliarse al Régimen Especial de Autónomos, ya que en este aspecto debe estimarse asimilado a un mayor de edad a todos los efectos», al tratarse de un vacío legal que la norma no contempla.⁸⁸

Igualmente, la introducción de la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS permite vislumbrar una posible vía de solución al problema de la inscripción en el RETA de un menor emancipado en la hipótesis de una empresa familiar con forma societaria,⁸⁹ interpretando que el artículo 3 del Decreto 2530/1970 solo resultaría aplicable a las empresas (individuales) familiares donde el empresario sea una persona física y no a los casos de sociedad familiar.⁹⁰

2.2.2. El desfase entre la legislación civil y mercantil y la de Seguridad Social

Al margen de este debate, circunscrito a si un menor de edad emancipado puede o no afiliarse al RETA, está claro que en la franja comprendida entre los dieciséis y los dieciocho parece admitirse, sin problemas, tanto el trabajo por cuenta ajena –y consiguiente alta en el Régimen General o Especial que corresponda– como, ahora además expresamente reconocido por el Estatuto del Trabajo Autónomo, por cuenta propia y, sin embargo, literalmente se excluye la posibilidad de cursar alta en el RETA en los términos en que se prevé dicha integración obligatoria en el artículo 3 del Decreto 2530/1970.

Vacío legal que lleva, interpretado en su más pura literalidad, a la absoluta desprotección de un trabajador que además debe ser objeto de tutela especial, en tanto que menor de edad.⁹¹ A partir de este argumento, algún pronunciamiento judicial⁹² ha declarado la validez de las cotizaciones ingresadas pese a la falta de autorización, en este caso de un menor de dieciséis años en un espectáculo público, y a su eficacia prestacional (a efectos de prestaciones por desempleo), pues lo contrario significaría un per-

⁸⁸ STSJ Andalucía/Granada 27 febrero 1996 (AS 337), comentada por BALLESTER PASTOR, I.: «Acercas del encuadramiento del menor emancipado en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos», *TS*, núm. 70, 1996, pág. 51. Contra, considerando que los efectos de la emancipación civil no son extensibles a todos los supuestos o requisitos de otras legislaciones», STSJ Murcia 9 abril 2001 (JUR 171941).

⁸⁹ Por ejemplo en el supuesto de que un menor emancipado por concesión de los padres constituya una sociedad limitada en la que posea el 49 por 100 del capital social y sus padres el restante 51 por 100 y, simultáneamente, pida la inscripción en el RETA para su actividad de albañilería, supuesto contemplado en STSJ Murcia 9 abril 2001 (JUR 171941). Un comentario sobre el particular en CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: «Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Comentario a la STSJ Sala de lo Social de Murcia de 9 de abril de 2001», *AS*, 2001, t. II, págs. 3.058 y ss. o FERRANTE, A.: «La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo», *AS*, núm. 4, 2005, págs. 63 y ss.

⁹⁰ Hipótesis expuesta en FERRANTE, A.: «El trabajo familiar en el Derecho español: el trabajo ¿autónomo? de sus miembros entre las mallas laborales y civiles», *RTSS*. CEF, núm. 292, 2007, págs. 78-79.

⁹¹ RIVAS VALLEJO, P.: «El trabajo de los menores en el negocio familiar: la contradicción entre inclusión obligatoria y exclusión por edad», *op. cit.*, pág. 42.

⁹² STSJ Madrid 13 septiembre 2002 (AS 3346).

juicio para el menor. Sin embargo, la propia sentencia realiza una clara diferenciación entre las consecuencias de dicha interpretación en el RETA y en el Régimen General al considerar que en el primero, el artículo 7.1 a) de la LGSS establece una limitación por edad en la extensión de su campo de aplicación, que impediría tanto admitir tales cotizaciones como concederles eficacia prestacional.

Existe pues un notorio desfase entre la legislación civil y mercantil, reguladora de las obligaciones y contratos y constitución de empresas mercantiles, y la legislación de Seguridad Social, en cuanto esta no efectúa remisión directa a la correspondiente legislación en materia de edad, sino que impone una edad autónoma, la de dieciocho años, y además no prevé, como sí sucede en el ámbito del contrato de trabajo con alta en el Régimen General, ninguna excepción a esta regla.

Asimismo, tanto la ley reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo (art. 58.3, redactado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), como la reguladora de las sociedades anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (art. 124), no se oponen a la constitución de empresas por parte de menores –con las reservas previstas en el Código Civil y Código de Comercio–, sino únicamente a que aquellos desempeñen el cargo de administradores de la sociedad. Por su parte, el citado artículo 58.3 precisa que dicho impedimento solo se refiere a los menores de edad no emancipados, por lo que sí cabe en caso contrario. De igual modo, la Ley reguladora de la Propiedad Intelectual considera titulares de los derechos de propiedad intelectual también a los autores o artistas menores de edad, aunque únicamente admite la cesión –por sí mismos– de sus derechos de explotación a los mayores de dieciséis años que vivan independientemente de acuerdo con sus padres o tutores (art. 44).

Es más, por citar un último ejemplo, la propia legislación fiscal también demuestra la admisión del trabajo del menor, al que hace asimismo sujeto pasivo de las obligaciones tributarias, incluido el IVA, en supuestos de «actividades habituales», sin perjuicio del cumplimiento de la legislación laboral y de las normas civiles que corresponda aplicar en cada caso, es decir, con total descoordinación de tales obligaciones o en su caso impedimento, en beneficio de la recaudación tributaria.

En definitiva, considerada la posibilidad de realizar tales actos de tráfico mercantil así recogida incluso en la legislación concordante, no puede excluirse la validez del alta en el RETA pese a no alcanzar el menor la preceptiva edad de dieciocho años, «ya sea por operar la presunción de actividad autónoma en caso de convivencia y parentesco en el trabajador autónomo o titular de la explotación mercantil, ya sea por emancipación y titularidad directa del negocio o explotación en cuestión».⁹³

2.3. *El carácter personal y directo de la actividad por cuenta propia y la problemática del encuadramiento de los familiares asalariados y familiares colaboradores*

El requisito de que la actividad haya de ser ejercitada de manera personal o directa (que en realidad viene a englobar una misma exigencia),⁹⁴ implica la necesidad de que exista efectivamente un trabajo propio por cuenta del autónomo, una participación con su esfuerzo en la actividad produc-

⁹³ RIVAS VALLEJO, P.: «El trabajo de los menores en el negocio familiar: la contradicción entre inclusión obligatoria y exclusión por edad», *op. cit.*, pág. 45.

⁹⁴ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos...*, *op. cit.*, págs. 45-46.

tiva, aun cuando en dicha tarea pueda auxiliarse de otros colaboradores, cualquiera que sea su número, a lo que la normativa vigente no solo no se opone, sino que, en algunos supuestos, habilita de manera explícita: personas remuneradas en concepto de asalariados (art. 2.1 *in fine* DRETA) o familiares colaboradores no asalariados con el mismo carácter de trabajador por cuenta propia o autónomo de aquel al que prestan su colaboración [art. 3 b) del citado Decreto].

En tal concepto de familiares colaboradores –que proliferan especialmente en los servicios de restauración, comercio y personales, en el trabajo poco cualificado y en los empleos de tipo administrativo– se incluyen el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive, de los trabajadores por cuenta propia que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto de aquellos. Como requisito añadido por la ORETA, se precisa la concurrencia de la condición general de residir y ejercer normalmente su actividad en territorio nacional.

Esta redacción era acorde con la LASS de 1966, cuyo artículo 7.2 establecía –como regla general aplicable a todo el sistema– una presunción *iuris tantum* en contra de la condición de asalariado de estos mismos parientes. Tal presunción se convirtió en *iuris et de iure*, con respecto al cónyuge y a los hijos sometidos a patria potestad en la LGSS 1974, lo que vino a plantear una manifiesta disparidad con lo previsto en el DRETA y, por razón de jerarquía, la inoperancia de la posibilidad que en el mismo se contenía en cuanto a la eventual condición de asalariados del cónyuge y los hijos sometidos a patria potestad del trabajador autónomo.

Esta desigualdad en el tratamiento de la figura de los parientes del empleador dio ocasión a una variada jurisprudencia constitucional que, tras algunas oscilaciones, concluyó con el criterio definitivo sentado en la STCo 2/1992, de 13 de enero,⁹⁵ en virtud de la cual se determina que la regulación contenida en el cuestionado artículo 7.2 de la LGSS resultaba contraria al artículo 14 de la Constitución, en la medida en que conducía a una absoluta desprotección por parte de la Seguridad Social de quien, al amparo de la legislación laboral, podía concluir un contrato de trabajo, ocasionando una diferencia de trato de situaciones aparentemente iguales, en la medida en que un trabajador por cuenta ajena recibiría un tratamiento distinto en materia de Seguridad Social que el resto de trabajadores en razón única y exclusivamente del vínculo matrimonial, contrario, por tanto, a las exigencias constitucionales.

Cuando ve la luz esta sentencia ya se había reformado –*ex* disposición adicional decimocuarta RDL 7/1989, de 29 de diciembre,⁹⁶ según redacción confirmada posteriormente por la Ley 5/1990,

⁹⁵ Exquisitamente analizada por GARCÍA NINET, J.I.: «La afiliación y el alta en el Régimen General del cónyuge del empresario (En torno a la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1992)», *TS*, núm. 15, 1992, págs. 25 y ss. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad», *REDT*, núm. 58, 1993, págs. 295 y ss.

⁹⁶ Sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que vino a zanjar el problema, independientemente de la inadecuación del cauce normativo adoptado por el legislador, pues no parece muy oportuna la utilización de un real decreto ley para tal regulación. En tal sentido, por todos, GARCÍA BLASCO, J.: «Desajustes entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales (A propósito de la reciente modificación del artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social)», *RL*, 1990, t. I., págs. 426 y ss. o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad (comentario a la STC 2/1992, de 13 de enero)», *REDT*, núm. 58, 1993, págs. 295 y ss.

de 29 de junio— el tenor literal del repetido artículo 7.2, acomodando la misma, en los términos hoy vigentes, al tenor literal de la regulación contenida al respecto en el ET [art. 1.3 e)]. Esa traslación, casi mimética,⁹⁷ de la regulación laboral al ámbito de la Seguridad Social (pues la referencia solo se amplía para precisar la necesidad de que los familiares del empresario han de estar «ocupados en su centro o centros de trabajo», que la convivencia se ha de llevar a cabo «en su hogar» y que han de «estar a su cargo») ha venido a propiciar, a su vez, una nueva ruptura de homogeneidad con relación al contenido del artículo 3 b) del DRETA que, no obstante las sucesivas implicaciones de las distintas reformas legales operadas, permanece todavía hoy en su redacción originaria, sin haber merecido los acomodos reglamentarios que hubieran sido precisos.

La distorsión en este caso, como ya se planteó, se produce en relación con el grado de parentesco que actúa como límite para la delimitación de las presunciones determinantes de la inclusión en el campo de aplicación respectivo (pues mientras en el artículo 7.2 de la LGSS vigente, al igual que en el Estatuto de los Trabajadores, se hace mención al «segundo grado inclusive», en la norma reguladora del RETA se sigue manteniendo la referencia al «tercer grado inclusive»). Este desajuste lleva a cuestionar el papel que puedan o no seguir representando los parientes de tercer grado en orden a la presunción para su inclusión en el RETA en condición de familiar colaborador del trabajador autónomo, extremo sobre el que la doctrina ha dado opiniones contradictorias,⁹⁸ si bien en vía administrativa se considera que tras la desaparición de la expresión «tercer grado» en relación con los trabajadores por cuenta ajena (por razón de la modificación legal operada), deberá considerarse modificado este punto en cuanto se refiere a los trabajadores por cuenta propia.⁹⁹

⁹⁷ La discordancia fundamental entre el artículo 1.3 e) del ET y el artículo 7.2 de la LGSS es que mientras el ET asocia el parentesco a la convivencia, la LGSS es más completa, ya que además de la convivencia exige «estar a cargo». La otra diferencia, relativa a que se encuentren ocupados «en su centro o centros de trabajo», no es tan importante, pues lo fundamental es la realización de una actividad laboral en los términos del artículo 1.1 del ET, siendo indiferente el lugar concreto de realización de tal actividad. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTS de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *TL*, núm. 63, 2002, pág. 207.

⁹⁸ En aplicación de la teoría de las fuentes, al ser una norma de rango inferior deberá interpretarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGSS, por ello aunque el grado de parentesco que indica en la presunción de no laboralidad es el tercero, habrá de entenderse como de segundo grado; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTS de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *op. cit.*, pág. 208. Incluso algún autor da por hecho que la redacción del citado artículo 3 b) ha sido alterada o «modificada», estableciendo la presunción de no laboralidad hasta el segundo grado de parentesco, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El régimen especial de trabajadores autónomos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, págs. 99-100. Sin embargo, aun cuando parezcan divergencias de matiz, una cuestión es decir que el artículo 3 b) del Decreto 2530/1970 indica que la presunción lo es hasta el segundo grado y otra bien distinta es que a pesar de que el artículo citado indica que la relación de parentesco es hasta tercer grado deba de entenderse que el límite lo es hasta el segundo, «pues el artículo 7.2 sienta las reglas básicas que regulan la extensión del campo de aplicación y estructura de todo el sistema de Seguridad Social, regulación que aunque sobrevenida con posterioridad debe ser respetada por las normas reglamentarias que regulan los regímenes especiales», en opinión certera de GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág. 35.

⁹⁹ Sin dejar de reconocer que de tal interpretación podría derivarse «la situación de que los citados parientes del tercer grado quedarían excluidos de regímenes en los que venían estando incluidos, al producirse iguales efectos con respecto a los Regímenes especiales agrario y del mar». Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 2 de abril de 1990. Un análisis detenido del problema en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; AGRA VIFORCOS, B.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La protección social de los autónomos y de los trabajadores del campo (un estudio de los Regímenes especiales de la Seguridad Social con mayor incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León)», *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 4, 2001, pág. 129.

Dicha discordancia, sistemáticamente interpretada, lleva a la conclusión de que la condición de autónomo es presumible en los parientes hasta el segundo grado, salvo prueba de relación laboral y, en cambio, para los parientes del tercer grado, la presunción es de laboralidad salvo prueba de la condición de trabajador autónomo,¹⁰⁰ pues realmente lo que importa es la naturaleza del trabajo desarrollado.¹⁰¹

Un problema adicional derivado de la propia definición que surte el artículo 7.2 de la LGSS, en relación con el artículo 3 b) del Decreto 2530/1970, es que a los familiares que, no teniendo la condición de asalariados, colaboren de forma habitual, directa y personal en la empresa familiar no cabe imputarles ingresos, ya que los rendimientos económicos derivados de dicha empresa forman parte del patrimonio común familiar. De no ser así, de percibir el familiar parte de esos ingresos, habría de presumirse la no concurrencia de uno de los requisitos que definen el trabajo familiar («estar a cargo») y, por lo mismo, aquel habría de ser calificado como trabajador por cuenta ajena.

A partir de tal planteamiento, la utilización de los ingresos procedentes del ejercicio de la actividad económica o profesional como hipotética base de cotización en el RETA (tal y como ha sido propuesto por el Comité de Expertos que informó la versión del *Estatuto para la Promoción y Tutela del Trabajador Autónomo*)¹⁰² puede suscitar problemas de orden aplicativo fundamentalmente cuando, como sucede en el caso de los colaboradores familiares, no existan ingresos susceptibles de imputarse, de manera segregada, a los miembros del núcleo familiar incluidos en el ámbito de aplicación del RETA. En tal contexto, el problema de determinación de las bases de cotización en las empresas familiares admite muy variadas soluciones; al menos las siguientes:

1. Atribuir a cada miembro del núcleo familiar, incluido el titular, una base de cotización equivalente al cociente de dividir los ingresos totales por el número de integrantes de la propia empresa familiar.
2. Establecer unas bases de cotización irregulares, en función del tiempo de dedicación de cada uno de los integrantes del grupo familiar.
3. Fijar a los colaboradores una base de cotización coincidente con la base mínima legalmente establecida, lo cual podría resultar sencillo desde el punto de vista de su aplicación técnica pero menos equitativo.

2.4. *La tradicional exclusión del Régimen General de los parientes del empresario ex artículo 7 de la LGSS*

Están obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados, mayores de 16 años, con independencia de la modalidad de contratación adoptada. Sin embargo, dentro de las exclusiones, el artículo 7.2 de la LGSS menciona expresamente que no tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge –sin que se considere familiar a estos efectos a la persona unida de manera estable por relación de afec-

¹⁰⁰ STSJ Cantabria 21 mayo 1996 (AS 2224).

¹⁰¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 4.ª ed., 1991, pág. 329.

¹⁰² Informe PLETA, octubre 2005, pág. 159.

tividad análoga a la de matrimonio—,¹⁰³ los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

El hilo argumental de la calificación como laboral o familiar de los casos planteados ante los Tribunales gira en torno a la «ajenidad en los frutos», la no participación del trabajador en las fluctuaciones económicas del negocio y el inverso goce del familiar en ellos, por cuanto la dependencia personal existe en ambos casos.¹⁰⁴

Fundamentalmente se busca como carácter definitorio de lo laboral la «ajenidad económica», la separación de intereses materiales entre ambas partes de la relación; cuando se advierte lo que podría denominarse «unidad de caja» entre ellas, la presunción de no laboralidad se confirma. Por ello se recalca tanto la percepción de un salario constante por el trabajador como rasgo que destruye la presunción de carácter familiar.

A la hora de buscar un indicio recurrente para resolver hacia una calificación u otra en los casos de cónyuges, la existencia de «comunidad de gananciales» en su régimen matrimonial confirma la «caja única» a que se ha hecho referencia para vencer el juicio hacia la presunción de relación familiar. En cualquier caso, el criterio no es unánime, pues frente a pronunciamientos que resuelven a favor de la consideración como familiar porque —entre otros datos— «no consta acreditado que entre la actora hoy recurrente y su esposo hubiese siquiera pacto sobre separación de bienes»,¹⁰⁵ o porque deriva de la convivencia entre cónyuges y «de la vigencia (a falta de otra prueba) del régimen de sociedad de gananciales»,¹⁰⁶ otras veces se vencen sobre la calificación como laboral a pesar del régimen de gananciales cuando hay indicios suficientes de laboralidad.¹⁰⁷ O bien desde la situación inversa de régimen de separación de bienes califican la relación como familiar porque «datos como la convivencia adquieren peso específico».¹⁰⁸

En definitiva, existe una presunción *iuris tantum* de que estos familiares del empresario no son trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, si no media prueba en contra, deberán incluirse en el campo de aplicación del sistema como trabajadores por cuenta propia con las consecuencias que a efectos de protección ello significa. Por supuesto, es indiferente el centro de trabajo en el que este familiar ejerza su actividad para el empresario con el que se encuentra emparentado, lo importante, en todo caso, es la titularidad del mismo.

Esta presunción solo puede destruirse probando la condición de asalariados de los mismos —prueba en contra que deberá de serlo respecto de la situación de convivencia en el mismo hogar que el empresario y/o de la situación de dependencia económica o «estar a cargo»—, para lo cual en el momen-

¹⁰³ STSJ La Rioja 31 enero 1998 (AS 626).

¹⁰⁴ OJEDA AVILÉS, A.: «Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos, 1999, págs. 95 y ss.

¹⁰⁵ STSJ Aragón 19 enero 1994 (AS 30).

¹⁰⁶ STSJ Galicia 18 julio 1996 (AS 2724).

¹⁰⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 12 julio 1994 (AS 3001), para el supuesto de cónyuge en bufete de su marido, con contrato de trabajo por tiempo indefinido y sueldo mensual de 116.100 pts., incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

¹⁰⁸ STSJ Madrid 30 julio 1996 (AS 2647).

to de la afiliación o alta, además de la documentación prevista con carácter general, se acompañará una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de este como trabajador por cuenta ajena, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario del mismo, y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto (art. 40.1 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social), «pudiendo requerirse por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en su caso, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

2.5. *El trabajo familiar en el seno de la empresa con forma jurídica societaria*

La mayor transformación del trabajo familiar en la década de los noventa ha consistido en su realización dentro del ámbito de organización y dirección de una persona jurídica, de ordinario una sociedad de responsabilidad limitada, formada por los padres o, en general, parientes próximos. A veces uno o dos de los socios es ajeno a la familia, indicando que la empresa trasciende el carácter plenamente familiar, aunque en tales casos el padre o cónyuge tiene poder suficiente para controlar la actividad laboral de aquella, al ocupar de ordinario el cargo de socio coadministrador de la firma.

Y el problema adicional que plantean las personas jurídicas consiste en que para una parte importante de la doctrina de los Tribunales no cabe con ellas ni el parentesco ni la convivencia, a partir de cuya interpretación los rasgos definitorios del trabajo familiar quedan desdibujados. Tal doctrina, sin embargo, no se plantea con rotundidad sino que deja un cierto resquicio lógico: «los requisitos de convivencia y parentesco solo son posibles entre personas físicas, pero no con las jurídicas, con la única excepción de que tal relación personal se dé con las personas físicas que ostenten el poder de dirección y organización por ser titulares de un número de acciones o participaciones que les permitan controlar las decisiones de los órganos societarios de gobierno».¹⁰⁹

En definitiva, cuando se trata de empleadores de carácter societario, para valorar la naturaleza familiar o asalariada de la prestación de servicios, el vínculo familiar con la empresa se examina en términos indirectos a partir de la participación familiar en el capital de la misma y del correspondiente control de su actividad, en su caso excluyente de la ajenidad.¹¹⁰ Y en este sentido, el artículo 97 de la LGSS dedicado a definir la extensión subjetiva del Régimen General de la Seguridad Social y del que resulta la obligatoria inclusión en dicho régimen de los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios, considera como tales [art. 97.2 a) LGSS] a «los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima» de la LGSS. Dicha disposición ordena la inclusión obligatoria en el RETA de todos aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que «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 título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella».

¹⁰⁹ Entre otras, STSJ Murcia 17 octubre 1995 (AS 4047).

¹¹⁰ Entre otras, STS 29 enero 1997 (RJ 640); 26 enero 1998 (RJ 1066); 7 julio 1999 (RJ 6160); 15 junio 2000 (RJ 5958); 28 mayo 2001 (RJ 5449) o 2 julio 2001 (RJ 6478).

Y a estos efectos se entiende, por un lado, y como presunción *iuris et de iure*, que el control efectivo de la sociedad se posee «cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social». Y, por otro, se presume, «salvo prueba en contrario», que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- 2.ª Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- 3.ª Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.¹¹¹

Y como asimilados a ellos, igualmente incluidos en el Régimen General, si bien con exclusión de la protección «por desempleo» y del Fondo de Garantía Salarial, «los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésima séptima (LGSS) cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma».¹¹²

Una regulación, en definitiva, bastante compleja que, además, descansa en último término en el juego siempre inseguro de las presunciones.¹¹³

¹¹¹ En tal sentido, STSJ Galicia 2 diciembre 2005 (JUR 2006, 79958) para un caso en que se aplica la presunción respecto de un administrador solidario de una mercantil de la que es socio con el 33,5 por 100 del capital social y en la que desempeña funciones de albañil. Con tal participación en el capital se presume que tiene el control de la sociedad y siendo administrador solidario de la misma, necesariamente realiza funciones de gerencia y administración.

¹¹² Dicha disposición adicional incorpora redacción dada a la misma por el artículo 34 Dos de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que vino a poner fin a los problemas planteados en relación con la inclusión de estos administradores por la Administración mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de 23 de junio de 1992. Un análisis de los antecedentes de la problemática planteada por el encuadramiento de los administradores societarios y socios, los distintos criterios de la Administración, la respuesta jurisprudencial a esa misma problemática y la solución *de lege ferenda* dada por medio de la Ley 50/1998 en DE LA VILLA GIL, L.E.: «Administradores sociales y Seguridad Social», *TS*, núm. 88, 1998, págs. 15 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Valladolid: Lex Nova, 2000; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, op. cit., págs. 82-104; DESDENTADO BONETE, A.: «El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicios para sociedades capitalistas», *RDS*, núm. 2, 1998, págs. 21 y ss.; *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid: Lex Nova, 2000; «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia», *Justicia Laboral*, núm. 21, 2005, págs. 15 y ss.; REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *RL*, 1999, T. I, págs. 187 y ss.; SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Apuntes jurídicos laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico titulado «Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea», núm. 23, 1999, págs. 549 y ss.; IGLESIAS CABERO, M.: «Algunas variantes del encuadramiento en el sistema de Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 39, 2002, págs. 21 y ss. o LIMÓN LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, 2004.

¹¹³ Ciertamente cabe la posibilidad de destruirlas, aunque ello no resulte fácil en absoluto, STSJ Cataluña 9 enero 2006 (JUR 88689). En ella se confirma la sentencia del Juzgado que había desestimado la reclamación sobre alta en el RGSS plantea-

3. Ampliación de los supuestos de laboralidad de determinados familiares del empresario tras la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo

La jurisprudencia ha puesto de relieve el fuerte distanciamiento entre la norma y la realidad que se producen en el trabajo familiar tanto en el ordenamiento interno como en otros del entorno más cercano,¹¹⁴ pues si bien es cierto que a los Tribunales solo acuden los supuestos con alguna patología real o aparente, y que los casos normales no llevan a demandar justicia –por lo cual analizar la norma por su patología podría conducir a errores ópticos considerables–, sin embargo, lo cierto es que el desajuste puede hallarse más bien entre la realidad y la norma y no tanto entre la realidad y los casos litigiosos.¹¹⁵

Como es sabido, aunque el artículo 1.3 e) del ET también excluye de su ámbito de aplicación los trabajos familiares,¹¹⁶ exceptúa las actividades laborales realizadas por quien demuestre su condición de asalariado, siendo considerados familiares a estos efectos, «siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción». La norma exige dos requisitos para que opere la exclusión, a saber, la convivencia con el empresario y el vínculo familiar hasta el segundo grado, que supusieron una evolución respecto a lo que exigía la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuyos dos requisitos eran el vínculo familiar (sin determinar el grado) y la prestación laboral en una empresa exclusivamente formada por personas de la familia o por ella aceptadas.¹¹⁷ Probablemente la eliminación del requisito de empresa familiar y su sustitución por el de convivencia con el empresario debió provocar una cierta evolución que no ha sido suficientemente estudiada en la escasa bibliografía dedicada específicamente al tema¹¹⁸ y que ha llevado a que, en ocasiones, continúen calificándose como familiares los servicios de personas con parentesco lejano e incluso ningún parentesco, como las parejas de hecho o convivientes *more uxorio*.¹¹⁹

da por cierta trabajadora ante la TGSS. Dicha trabajadora era cónyuge del socio titular del 70 por 100 del capital social, titular a su vez de un 10 por 100 y su hermano propietario de otro 10 por 100. Su relación laboral con la empresa era preexistente al matrimonio, sin que este variara ni la previa posesión del control societario por el esposo, ni el tipo de trabajo (no gerencial) que realizaba la trabajadora hasta entonces. Sin embargo, aplicando la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS el TSJ considera que «lo que da vigor a la presunción es que quienes estén vinculados al trabajador tengan distribuidas la mitad de las participaciones, y en este caso el marido de la actora ostenta el 70 por 100 y el hermano el 10 por 100». Por tanto, hay que aplicar la presunción de control efectivo y, en consecuencia, sería correcta el alta en autónomos y no en el Régimen General.

¹¹⁴ A título de ejemplo, el artículo 230 bis del Codice Civile italiano pasa de una presunción de gratuidad del trabajo prestado en la empresa familiar a la concesión de determinados derechos a los componentes del núcleo familiar, en el supuesto de que colaboren en la empresa. Un comentario al respecto en VICENT CHULIÁ, F.: «Empresa familiar y sociedad familiar», *RDP*, núm. 5, 2000, especialmente nota núm. 18.

¹¹⁵ Parafraseando a OJEDA AVILÉS, A.: «Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, op. cit., pág. 95.

¹¹⁶ Exquisitamente sobre la cuestión LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid: MTSS, 1994, págs. 215 y ss.

¹¹⁷ O en palabras de la STS 12 enero 1960, en una empresa «que no exceda del ámbito patrimonial familiar».

¹¹⁸ Cfr. al respecto, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «El ámbito subjetivo del trabajo familiar», *RPS*, núm. 57, 1963, págs. 59 y ss.

¹¹⁹ Entre otras en las SSTSJ Cataluña 17 noviembre 1995 (AS 4465) o Andalucía/Granada 2 julio 1996 (AS 2606), si bien la STSJ Murcia 29 marzo 1996 (AS 584) pone de relieve que el ET no contempla este supuesto, por lo que corresponde aplicar la legislación laboral. A juicio de la doctrina, constituye una manifestación de la «viscosidad» de la norma antigua, que sigue aplicándose años después de haber sido derogada por otra distinta, en este caso el ET, donde no aparece como trabajo familiar el de personas «aceptadas» por la familia. Ultraactividad de los antiguos parámetros que va en dirección contraria a las

Quiere ello decir que estos familiares pueden prestar servicios en la empresa familiar (ayuda familiar) sin que ello genere vínculo laboral alguno. Es más, en el caso de los hijos, muy posiblemente pudieran ser obligados a hacerlo toda vez que de acuerdo con el artículo 155.2 del Código Civil los hijos deben «contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan con ella». En todo caso, aparte de las restricciones propias del supuesto de hecho (convivencia, segundo grado, presunción *iuris tantum*), la extensión verdadera de la hipótesis viene dada en cada caso por la clase de empresa (persona física o jurídica) de que se trate y por la concreta relación del trabajador familiar con el empresario titular o con quien o quienes posean el control de la sociedad.¹²⁰

En este ámbito, la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del *Estatuto del Trabajo Autónomo* amplía los supuestos de laboralidad de determinados familiares del autónomo, ya que este puede celebrar un contrato de trabajo con sus hijos, siempre que sean menores de treinta años, aunque convivan con él –no se olvide que la existencia de convivencia entre el empleador y un familiar directo es un indicio para establecer la presunción *iuris tantum* de ausencia de relación laboral entre ellos–,¹²¹ de forma que la convivencia ya no juega como presunción *iuris tantum* de la falta de laboralidad entre el empresario y su familiar directo, si bien, y como contrapartida, se le excluye de las prestaciones por desempleo.

Del mismo modo, desde el 1 de enero de 2010 es posible, *ex* disposición adicional quinta de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas –que incorpora un segundo párrafo a la disposición adicional décima LETA–, otorgar el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de dicha edad, tengan especiales dificultades para su inserción laboral, considerando que existen tales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

- a) Personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado reconocido igual o superior al 33 por 100.
- b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

3.1. *La contratación laboral de los hijos menores de treinta años o mayores «con especiales dificultades para su inserción laboral»*

Pese a presentarse bajo la rúbrica «encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo», en realidad la regla afecta también al régimen de contratación del trabajo familiar establecido en el artículo 1.3 e) del ET. Y es que con la LETA la convivencia con el empre-

tendencias actuales de normalización de grupos socialmente estigmatizados. OJEDA AVILES, A.: «Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico», en AA. VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, op. cit.*, pág. 97.

¹²⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La empresa familiar ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *AS*, núm. 10, 2006, pág. 10.

¹²¹ Siguiendo a PANIZO ROBLES, J.A.: «Las modificaciones en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (A propósito de las medidas de Seguridad Social contenidas en el Estatuto del Trabajo Autónomo y en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se integra en el Régimen de Autónomos a los trabajadores por cuenta propia agrarios)», *RTSS. CEF*, núms. 293-294, 2007, pág. 73.

sario deja de ser indicio de extralaboralidad respecto de los hijos del empresario menores de treinta años, o mayores con especiales dificultades de empleabilidad, lo que, obviamente, facilita la demostración de la existencia de trabajo asalariado frente a la presunción de trabajo familiar excluido.

Sin duda, la medida pretende flexibilizar el régimen jurídico de aportación de trabajo dentro de la empresa familiar de modo que, en último término, sea el propio trabajador autónomo que regenta el negocio familiar el que decida sobre qué modelo formalizar la incorporación de sus hijos a la empresa que tiene creada, el laboral o el del autónomo colaborador. En el primer caso, el hijo disfrutará de los derechos y deberes propios del contrato de trabajo; en el segundo, y de acuerdo con el artículo 1.1 de la LETA, de los establecidos en el propio Estatuto del Trabajo Autónomo.

Algún autor ha considerado que la decisión adoptada por el legislador –disp. adic. décima de la LETA– al permitir al autónomo contratar laboralmente a sus hijos menores de treinta años o mayores discapacitados en los términos vistos, pese a mediar convivencia, constituye una «regla de normalización»¹²² de situaciones consideradas como patológicas, en aplicación de la legislación tradicional, pero de tanta expansión o recurrencia en la práctica, que se ha optado por reconocerlas y darles cobertura.

Realmente, el «trabajo de colaboración familiar» ha aparecido siempre como una de las «zonas grises»¹²³ más conflictivas de las existentes, desde antaño, en el ámbito protector del Derecho del Trabajo y una de las razones de esa especial complejidad para su delimitación, pese a su tipicidad social y a su extensión, que reside en las dificultades para apreciar en él las notas típicas, sea del trabajo asalariado, cuando asume esta modalidad, sea la de trabajo autónomo en sentido propio, conforme a la nueva regulación.¹²⁴

Sin embargo, lo cierto es que el nuevo Estatuto no procede a delinear con precisión, y de una vez por todas, la situación laboral de los familiares, operando genéricos reenvíos tanto al artículo 1.3 e) del ET¹²⁵ como a la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS,¹²⁶ pero desaprove-

¹²² MOLINA NAVARRETE, C.: «Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», *RTSS*. CEF, núm. 295, 2007, pág. 65.

¹²³ Ampliamente sobre el fenómeno, con un amplio aporte bibliográfico de los estudios más clásicos sobre la materia, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma», *RTSS*. CEF, núm. 273, 2005, págs. 71 y ss. o «El trabajo personal no dependiente. Avance tras la elaboración de una propuesta de Estatuto del trabajador autónomo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006 –Número monográfico *V Edición Premio Artículos Jurídicos «García Goyena»*–, págs. 249 y ss.

¹²⁴ Propiciada por la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid: CEF, 2006; AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, op. cit., MOLINA NAVARRETE, C.: «Trabajadores en la frontera: Comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», op. cit., págs. 43 y ss. o GARCÍA MURCIA, J.: «El estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos», op. cit., págs. 2.156 y ss.

¹²⁵ Artículo 1.1 de la LETA: «También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3 e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo». Se refiere la norma a los llamados «familiares colaboradores» sin que la convivencia de hecho o *more uxorio* encaje en dicho concepto según SSTs 24 febrero 2000 (RJ 2236) y 11 marzo 2005 (3867). MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo», *RL*, núm. 20, 2007, pág. 70.

¹²⁶ Artículo 1.2 c) de la LETA, declarando expresamente comprendidos en su ámbito de aplicación a «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios

chando la oportunidad de aclarar algunas situaciones dudosas o que han motivado un copioso número de litigios en la práctica.¹²⁷

El problema de calificación jurídica, por tanto, de encuadramiento, sea a efectos laborales o de Seguridad Social, de la colaboración familiar como prestación de servicios que es, se liga al carácter difuso ofrecido por sus diferentes notas, en particular la ajenidad y la dependencia, por tanto también sus contrarios, el criterio por cuenta propia y la autonomía, pero incluso también la propia retribución.¹²⁸

No obstante, en tales supuestos de contratación de hijos menores de treinta años o mayores con especiales dificultades de inserción laboral, se excluye del ámbito de la acción protectora dispensada a tales familiares contratados, la cobertura por desempleo. Y ello no debe extrañar si se tiene en cuenta que las pocas veces que la empresa familiar cobra protagonismo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social lo hace bajo la sospecha de fraude.

De todos modos, esta opción legislativa suscita numerosas dudas, fundamentalmente porque no se aprecia con claridad si lo pretendido con ella es promocionar el trabajo autónomo o el trabajo asalariado de los familiares más jóvenes del empresario. Y de ser esto último lo pretendido no se comprende la razón de que se limite la posibilidad de optar por el vínculo laboral únicamente a los hijos convivientes menores de treinta años y no se abra a los hijos mayores de esa edad—con la excepción recién incorporada por el legislador respecto a los que presentan especiales dificultades de inserción laboral— y a los demás parientes consanguíneos o afines. Y sobre todo, por qué no se abre aquella posibilidad a la contratación laboral del cónyuge.¹²⁹

3.2. Ventajas de la laboralidad del trabajo familiar y conductas fraudulentas más frecuentes

Los factores que provocan que los familiares de los empresarios quieran demostrar la laboralidad de la relación que les une son, de un lado, la diferencia aún subsistente de prestaciones entre el Régimen General y el de Trabajadores Autónomos—a pesar de la querida homogeneización del artículo 10.4 de la LGSS y de las Recomendaciones del Pacto de Toledo original y renovado; del Acuerdo de Pensiones de 2001; del más reciente alcanzado en 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social y del propio Estatuto de Trabajo Autónomo— y, de otro, por la posibilidad, en caso de romper la presunción de no laboralidad, de poder cotizar como trabajador a tiempo parcial, lo cual beneficia claramente, por el ahorro de costes, al empresario familiar.

Ello ha generado una importante bolsa de fraude respecto de los familiares del empresario en un triple sentido.

para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹²⁷ Analizadas en FERRANTE, A.: «El trabajo familiar en el Derecho español: el trabajo ¿autónomo? de sus miembros entre las mallas laborales y civiles», *op. cit.*, págs. 61 y ss.

¹²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», *op. cit.*, pág. 65.

¹²⁹ LUJÁN ALCARAZ, J., en AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo...*, *op. cit.*, pág. 43.

En primer término, familiares que están obligados a encuadrarse en el RETA por realizar su actividad de forma personal, habitual y directa, han decidido, para evitar gastos a la economía familiar, no encuadrarse en el mismo, ya que la carga de la prueba de demostrar que esa actividad se desarrolla en tales condiciones escapa, de inicio, de los propios trabajadores por cuenta propia que pueden optar por incorporarse o no, en atención a la interpretación que quieran dar a su actividad, dejando dicha carga en manos de una futura inspección, la cual encontrará en la mayoría de los casos enormes dificultades para comprobar lo acertado de la opción elegida, máxime en aquellos pequeños establecimientos de ámbito familiar en los que la complicidad efectiva se supone.¹³⁰ De hecho, el artículo 40 del Real Decreto 84/1996, de 26 de mayo, deja a la libre interpretación de la persona la tramitación del alta en el Régimen General o especial de la Seguridad Social correspondiente de los familiares del empresario socios en sociedades colectivas, encuadrándose mediante una simple declaración del empresario, en uno u otro régimen, sin comprobar si efectivamente estas personas tienen los requisitos exigidos para su inclusión como trabajador por cuenta ajena.

En numerosos supuestos el sujeto, por ignorancia legislativa o con la intención de otorgar una más amplia tutela jurídica al pariente, procederá a inscribir a su familiar en el Régimen General, des preocupándose o no teniendo conocimiento suficiente de todas las cuestiones jurídicas que quedan abiertas sobre la presunción de no laboralidad y sobre su aplicación al empresario no individual *ex* disposición adicional vigésima séptima de la LGSS. Sucesivamente, cuando la Seguridad Social controle la declaración efectuada por el «empresario familiar» y tenga que calificar el carácter laboral o no de la actividad prestada por un familiar –incluido en el abanico establecido por los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS– procederá de manera casi «instintiva»¹³¹ a sostener la tesis contraria y a revocar dicha inscripción o sus efectos jurídicos como, por ejemplo, la prestación por desempleo.

En segundo término, y con anterioridad a la relativa seguridad jurídica propiciada por la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS, se han creado, en numerosas ocasiones, empresas con forma jurídica societaria para ocultar la verdadera situación y dar de alta al propietario de la misma como trabajador por cuenta ajena.

Una tercera e importante vía de fraude es la realización de contratos de trabajo simulados con los familiares o falseando la situación de convivencia o dependencia del titular para incluirlos en el Régimen General. Esto afecta mayoritariamente a los hijos menores de dieciocho años que trabajan en la empresa familiar,¹³² pues en la actualidad suelen abandonar el hogar familiar a edades muy superiores a la mayoría de edad, por lo cual para que dicho hijo pudiera estar protegido por la Seguridad Social habría de falsear la situación de convivencia y dependencia pues no se olvide que, a priori –y salvo algún aislado pronunciamiento judicial que otorga cobertura al menor emancipado– en el RETA no puede estar incluido por ser menor de dieciocho años, a pesar de realizar la actividad en las condiciones señaladas, pero sí puede incluirse en el Régimen General siempre que demuestre la falta de convivencia y dependencia¹³³ y, desde la entrada en vigor de la LETA, aunque conviva.

¹³⁰ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, *op. cit.*, pág. 52.

¹³¹ FERRANTE, A.: «El trabajo familiar en el Derecho español: el trabajo ¿autónomo? de sus miembros entre las mallas laborales y civiles», *op. cit.*, pág. 79.

¹³² Ampliamente sobre el particular MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «El trabajo familiar del menor de edad», *Revista de Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 32, 2006, págs. 2 y ss.

¹³³ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTs de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *TL*, núm. 63, 2002, pág. 210.

4. La exclusión de la cobertura por desempleo de los hijos contratados en la empresa familiar

4.1. Elementos de contexto a propósito de la función social y económica de dicha cobertura tanto en el trabajo por cuenta propia como en el subordinado

Como «empresa familiar» cabe identificar aquella en la que «una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio».¹³⁴ Así definida, las características más relevantes de la empresa familiar podrían resumirse en tres:

1. Que la propiedad está concentrada en un grupo familiar.
2. Que el grupo familiar participa en el gobierno y gestión de la empresa.
3. Que exista vocación de continuidad.

La empresa familiar no define, por tanto, ni el tamaño, ni la extensión del mercado en el cual interviene —no tiene por qué expresar exactamente una idea de pequeña, mediana o gran empresa, como tampoco ha de significar una acepción de empresa nacional o multinacional—, sino que expresa, fundamentalmente, el origen y el control de la misma, aproximándose a una idea familiar: unos fundadores, el trabajo de miembros de la familia en la empresa, el mantenimiento de la propiedad en el seno de la familia y la transmisión de la misma a las siguientes generaciones.¹³⁵

El trabajo familiar presenta dos grupos fundamentales de problemas desde una perspectiva estricta jurídico-laboral: 1) la calificación de las relaciones de trabajo de los familiares en la empresa familiar y su repercusión en el ámbito de la Seguridad Social y 2) la posible modalización de los derechos y deberes laborales y de Seguridad Social, y esto es precisamente lo que ha ocurrido con la prestación por desempleo.

Dentro de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, quizás sea en la protección por desempleo donde el sistema español tiene y mantiene los mayores lazos de unión con el Derecho del Trabajo —y ello porque trata de proteger a trabajadores por cuenta ajena que han perdido un empleo anterior—.¹³⁶ El objeto de protección de dicha contingencia, *ex* artículo 203 de la LGSS, es la situación de necesidad en que se encuentren «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo». Pretende, evidentemente, proteger a trabajadores por cuenta ajena (art. 205 LGSS), entendiéndose como tales los que voluntariamente presten sus servicios retribuidos dentro «del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1.1 ET).

¹³⁴ AA.VV.: *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Madrid: Ministerio de Economía, 2003, pág. 15.

¹³⁵ VÉLAZ NEGUERUELA, J.L.: «Especial problemática de la empresa familiar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 678, 2005 (BIB 2005, 1279).

¹³⁶ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTs de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *op. cit.*, págs. 208-209.

La pérdida del empleo y la consiguiente privación de la fuente de rentas que el mismo proporciona colocan al trabajador en una situación de necesidad que debe ser atendida por la sociedad, de acuerdo con uno de los principales postulados de la cláusula constitucional del Estado social: la «garantía de condiciones de existencia dignas a quienes no pueden procurárselas por sí mismos».¹³⁷ El núcleo subjetivo de la protección por desempleo está marcado por la ajenidad en la relación de trabajo además de la pertenencia al Régimen General, aunque no como requisito totalmente indispensable, pues como se desprende del tenor literal del artículo 205 de la LGSS, también se cubre la contingencia por desempleo de determinados trabajadores pertenecientes a Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

Y, a sensu contrario, en la lógica del sistema español de Seguridad Social –hasta la fecha, y en ello también incide aunque mínimamente el *Estatuto del Trabajo Autónomo*–¹³⁸ los trabajadores autónomos no están protegidos por la contingencia de desempleo. Dicha exclusión no representa una cuestión pacífica, pues mientras un sector doctrinal la considera lógica, a partir del propio concepto de desempleo legal, que requiere que este sea involuntario (exigencia que no puede darse en el caso de trabajadores por cuenta propia que son empresarios de sí mismos)¹³⁹ podría, sin embargo, darse el caso de que determinados trabajadores por cuenta propia estuvieran dispuestos a aportar voluntariamente una parte de sus ganancias para prever situaciones futuras de desempleo, las cuales le otorgarían la posibilidad de obtener unos ingresos temporalmente, capaces de permitirle encauzar de nuevo su actividad empresarial. Es más, en el ámbito del empleo autónomo podría incluso justificarse una protección por desempleo en la que no resultase exigible la acreditación de dicha involuntariedad, si con ella se cubren determinadas finalidades de política de empleo. A través del pago de esta prestación se puede permitir a los autónomos el cese definitivo en determinadas actividades, cuando alcancen una edad lo suficientemente avanzada en la que pueda presumirse una disminución de sus capacidades físicas, sin llegar a la necesaria para solicitar la pensión de jubilación, o cuando fuese necesario fomentar el relevo generacional en ellas. Dicha función permitiría a la prestación funcionar como una figura de tránsito y reemplazar la función de las jubilaciones anticipadas, de las que carecen,¹⁴⁰ y en parte ha venido a ser recepcionada a través de la denominada prestación «por cese de actividad».¹⁴¹

En un plano técnico-jurídico, la conexión entre trabajo y percepción de ingresos no es tan inmediata como sucede en el empleo asalariado, pues su obtención puede producirse de manera diferida en el tiempo. Es más, es posible que esa conexión ni siquiera llegue a producirse, porque la actividad por cuenta propia puede no generar ningún tipo de beneficio e incluso pérdidas. Además, el cese en la actividad por cuenta propia también conlleva el cese en la producción de sus rendimientos, y precisamente la razón de ser de la prestación por desempleo está en su configuración como «renta de sustitución» de los ingresos profesionales dejados de percibir y no tanto en el remedio de acredi-

¹³⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: «Reestructuración de empresas y protección social», Tercera Ponencia. *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2005, pág. 289.

¹³⁸ Excelente el estudio, a partir de las consideraciones del proyecto de ley, de MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «El desempleo de los trabajadores autónomos», en AA.VV. (AESSS): *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia: Laborum, 2007, págs. 207 y ss., con un extraordinario elenco de bibliografía.

¹³⁹ PIÑEYRO DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, op. cit., pág. 102.

¹⁴⁰ CERVILLA GARZÓN, M.ª J.: *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, Sevilla: Carl, 2005, pág. 132.

¹⁴¹ El futuro de esta protección dependerá en gran medida de lo que decidan los propios autónomos. DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada: Comares, 2008, pág. 196.

tadas situaciones de necesidad económica. Con todo, su correcto funcionamiento exige implantar los mecanismos más adecuados de control de la realización de los actos tendentes a la constitución y extinción de dicha relación jurídica de protección. Cuestión que no está exenta de dificultades a la hora de determinar la concurrencia de las circunstancias y requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones al asegurado. Su doble condición de empresario-trabajador se traduce en que las posibles irregularidades involuntarias en la tramitación de los actos de encuadramiento, puestas en conexión con las severas previsiones del legislador tendentes a la prevención del fraude y al control de la realización efectiva de dichos actos y su adecuación a la realidad, repercutan, directa y negativamente, sobre el beneficiario de la protección, resintiéndose el fin último al que debe tenderse en un sistema de Seguridad Social. En este «delicado equilibrio» debe moverse el diseño del régimen protector del trabajador autónomo y, por ende, la protección por cese de actividad del mismo.¹⁴²

4.2. *El ánimo fraudulento como premisa de partida para negar la protección por desempleo a los hijos menores de treinta años*

La casuística jurisprudencial pone de manifiesto cómo el conflicto típico de la empresa familiar en los años sesenta hacía referencia a un pariente por afinidad –normalmente la esposa o el yerno– que demanda a su empresario familiar en reclamación de salarios o despido cuando las relaciones personales entre ellos se deterioran.¹⁴³ En los años noventa, por contra, el conflicto típico tiene una fisonomía absolutamente distinta, al referir normalmente a un hijo o un cónyuge que suscribe un contrato temporal con una persona jurídica –de ordinario sociedad de responsabilidad limitada– formada por dos o tres socios, uno de los cuales, o todos ellos, presenta el vínculo de parentesco con el demandante. Y además, el litigio no se traba entre ambas partes de la relación de trabajo, o no finalísticamente entre ellas, sino que el propósito último que lo anima gira en torno a la concesión de las prestaciones por desempleo, solicitadas o disfrutadas al término del contrato por el hijo o cónyuge y denegadas o retiradas tenazmente por la entidad gestora. Ocasionalmente, el Servicio Público de Empleo Estatal –antiguo INEM– ha llegado incluso a retirar la prestación que el trabajador había comenzado a percibir, con la correspondiente sanción¹⁴⁴ o bien a declarar que no le corresponde la prestación por descontarse del periodo necesario de carencia el trabajo prestado en una empresa familiar.¹⁴⁵

El cambio estructural apreciado en la diversa tipología de conflictos permite hablar además de un giro en las relaciones subyacentes entre los familiares que protagonizan los litigios que llegan a los Tribunales, pues si en los pronunciamientos judiciales de la década de los sesenta aparecían enfrentados hostilmente, en las de los noventa se les puede adivinar –o al menos así lo ha venido entendiendo la entidad gestora de las prestaciones por desempleo– entrañablemente dedicados a la tarea de obtener unas rentas públicas con las cuales incrementar el patrimonio común. Esto es, en un país abrumado por el paro, la solidaridad familiar se traduce en numerosas ocasiones en un contrato atípico, en cuya virtud se presta algún trabajo por debajo de la sinalagmaticidad exigible, al añadir un elemento causal de tipo

¹⁴² DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España...*, *op. cit.*, pág. 194.

¹⁴³ La empresa es un pequeño negocio: una panadería, en las SSTCT 22 septiembre y 23 octubre 1964 o simplemente una tierra de labor, SSTCT 3 diciembre 1964 o 28 mayo 1965.

¹⁴⁴ STSJ Cantabria 23 mayo 1996 (AS 2226).

¹⁴⁵ STSJ Aragón 18 julio 1996 (AS 687).

gratuito consistente en la referida «solidaridad entre ambas partes o incluso la ocasión de ganancia»¹⁴⁶ –la eventual prestación por desempleo– que de un modo tajante ha sido suprimida por el legislador en algunos supuestos concretos: hijos menores de treinta años que además convivan con su empleador, lo cual, a sensu contrario, cabe considerar que no afecta ni a otros parientes, ni a los hijos mayores de treinta años, ni, por supuesto, a los hijos menores de treinta años que no convivan con su empleador.

En la praxis judicial, la rica diversidad de matices respecto a las situaciones del llamado «trabajo familiar» conlleva que el propio Tribunal Supremo y la jurisdicción ordinaria se hayan decantado por una determinada solución, concediendo o denegando la protección por desempleo, dependiendo de la situación concreta en la que se encuentren los solicitantes de tal beneficio, pues en la práctica, se han dado numerosas situaciones fraudulentas en las que bien bajo la cobertura de empresas societarias o bien por la condición de pariente, los empresarios o sus familiares se han encuadrado en el sistema de Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena con el objeto de obtener prestaciones por desempleo.

Por tal motivo, el Servicio Público de Empleo ha venido denegando, de forma casi sistemática, las prestaciones por desempleo en los supuestos en que el beneficiario tuviera un lazo familiar con el empresario, a veces incluso demostrándose por parte del solicitante de las prestaciones, la ruptura de la presunción de no laboralidad. Y en el mismo sentido la jurisprudencia, incluso en unificación de doctrina,¹⁴⁷ ha desestimado en numerosas ocasiones la condición de trabajador por cuenta ajena, entendiendo que no se rompe la presunción de no laboralidad si media convivencia y dependencia económica.

Con estos antecedentes parece que el legislador, a la hora de elaborar el Estatuto del Trabajo Autónomo, no ha sido capaz de soslayar los tradicionales recelos y sospechas que las relaciones de trabajo en la empresa familiar suscitan, y de ahí las dudas que su propuesta plantea y la «indefendible» exclusión de la protección por desempleo de los hijos menores de treinta años que convivan con el empresario, contratados laboralmente por este al amparo de lo previsto en la disposición adicional décima de la LETA, y por tanto, sujetos a la necesaria subordinación.

En cualquier caso, sea como fuere, lo cierto es que tal manifestación del legislador no representa un supuesto aislado, sino que viene a añadirse a otras normas, relativamente recientes, con las

¹⁴⁶ A partir de la argumentación de OJEDA AVILÉS, A.: «El trabajo familiar: una descripción del conflicto típico», *op. cit.*, págs. 95 y ss.

¹⁴⁷ En tal sentido STS 13 marzo 2001 (RJ 3838) referida a una hija que prestaba sus servicios en la empresa, una carnicería, perteneciente a su madre con la que convivió durante todo el periodo en que prestaba servicios en la empresa familiar. Aunque el INEM inicialmente denegó la prestación por desempleo, posteriormente en vía de suplicación fue concedido por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y, finalmente, rechazada por el Alto Tribunal. Para determinar la exclusión de la protección por desempleo se utiliza el artículo 1.3 e) del ET y no el 7.2 de la LGSS, cuando, realmente, habla no solo de convivencia sino también de «estar a cargo», aspecto al que únicamente se refiere el precepto de la LGSS. A esta le han seguido, entre otras, la STSJ Galicia 29 septiembre 2001 (JUR 319056), denegando la prestación de desempleo por no ser trabajador por cuenta ajena un descendiente de los socios de la empresa; STSJ Aragón 21 enero 2002 (JUR 73153), al no apreciar la existencia de una «relación de dependencia con una sociedad real, ajena a quien formalmente aparece como su empleado, tratándose en efecto de una contratación laboral aparente, creada, entre otros fines, para la obtención de la pretensión litigiosa»; STSJ Extremadura 9 marzo 2005 (AS 532), denegando la prestación por considerar que se trata de un trabajo familiar o STSJ Canarias/Las Palmas 29 septiembre 2005 (JUR 262442), al considerar la inexistencia de relación laboral.

cuales se ha ampliado el ámbito de protección del mencionado Régimen General, pero con la salvedad de la protección por desempleo.¹⁴⁸

4.3. Interpretación de la «convivencia» y dependencia económica («estar a cargo»)

La «convivencia» se ha considerado el factor fundamental para denegar las prestaciones por desempleo, al punto que algún autor ha considerado que este es el aspecto más importante para determinar la no laboralidad, relativizando la relevancia de la exigencia contenida en el artículo 7.2 de la LGSS de que los familiares «estén a (su) cargo del empresario».¹⁴⁹ Sin embargo, aun cuando es cierto que la inexistencia de convivencia facilita la prueba de la relación laboral (ya que es difícil, aunque no imposible, demostrar que alguien esté a cargo de un pariente sin convivir en el mismo hogar familiar) no cabe compartir totalmente dicha afirmación, pues de ser cierta habría que concluir que los cónyuges del empresario, que habitualmente convivan con ellos, jamás podrían ser considerados como trabajadores por cuenta ajena a pesar de que en los mismos pueda darse la condición de asalariados; lo cual desde luego no es lo que ocurre en realidad.¹⁵⁰

Si los servicios prestados son objeto de un contrato de trabajo, la convivencia real entre los parientes tampoco debe estorbar a esta última calificación.¹⁵¹ Y es que, como con acierto ha manifestado la doctrina, la convivencia con el empresario no puede ser interpretada como mera convivencia física de estar o compartir el mismo techo, sino más bien como «compartir un patrimonio». Esto es, vendría a ser una comunidad patrimonial o alimenticia, siendo habitual que cuando existe tal comunidad patrimonial se dé la convivencia conjunta en el mismo hogar.¹⁵²

Por ello, tal y como viene indicando la jurisprudencia desde hace algún tiempo,¹⁵³ el motivo determinante en la mayoría de los supuestos para denegar el carácter laboral de la relación es el hecho de encontrarse «a cargo» del familiar que ostenta la condición de empresario.¹⁵⁴ Como ha precisado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina,¹⁵⁵ en las relaciones con los trabajadores familiares,

¹⁴⁸ A título de ejemplo, el Real Decreto 176/2006, de 10 de febrero, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imanes de las comunidades integradas en la comunidad islámica de España.

¹⁴⁹ GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, op. cit., pág. 36.

¹⁵⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTs de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», op. cit., pág. 213.

¹⁵¹ Parafraseando a LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo)*, op. cit., pág. 227.

¹⁵² Si bien caben excepciones. En tal sentido, GARCÍA NINET, J.I.: «La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados de Hogar», *Tribuna Social*, núm. 6, 1991, pág. 26.

¹⁵³ *Id.* al respecto el estudio señero de GÁRATE CASTRO, J.: «La exclusión del cónyuge del empresario en el sistema de la Seguridad Social», *JSSS*, núm. 6, 1989, págs. 319 y ss.

¹⁵⁴ En tal sentido, PIÑEROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, op. cit., pág. 55.

¹⁵⁵ En la STS 13 marzo 2001 (RJ 3838) aun reconociéndose implícitamente la existencia de retribuciones de su ascendiente, en forma de salario y pese a que la formalización de la relación entre madre e hija se había realizado tal y como se hace para cualquier trabajador por cuenta ajena (afiliación al Régimen General y, en coherencia con ello, cotización sobre los salarios reales percibidos) se indica que no existe ajenidad porque «tales frutos se destinan a un fondo social o familiar común».

salvo prueba en contrario, no existe relación laboral por no existir ajenidad que es una de las notas características del trabajo asalariado.

De hecho, el fundamento de la propia presunción de no laboralidad hay que hallarlo en la naturaleza propia del trabajo familiar, normalmente inmerso en una comunidad de intereses incompatible con los lazos de dependencia —en sentido técnico laboral—¹⁵⁶ y con la concurrencia de las notas de ajenidad y retribución.¹⁵⁷ Esto es, parafraseando al Alto Tribunal, no cabe la condición de asalariado si lo que realmente perciben los trabajadores familiares como contraprestación consiste en una participación en los rendimientos económicos de la actividad, corriendo igualmente con los riesgos —aunque solo sea en el terreno fáctico—.¹⁵⁸ Sin embargo, aunque de facto se presume tal situación por la jurisprudencia social, el razonamiento empleado para alegar la inexistencia de ajenidad «cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común», deja mucho que desear ya que es imposible conocer, a priori, en qué se gastan los parientes —en este caso hijos— el salario percibido, siendo posible que el mismo se invierta precisamente en lo contrario, esto es, en obtener un cierto grado de independencia respecto de sus progenitores.¹⁵⁹

En sentido contrario, la motivación adoptada por el Alto Tribunal para conceder las prestaciones por desempleo, rompiendo la presunción de no laboralidad,¹⁶⁰ parte de considerar que cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse en puridad de «parientes del empresario». Dado que hoy día la mayoría de las empresas familiares adoptan forma jurídica societaria, la jurisprudencia ha matizado la afirmación para considerar que podrá existir trabajo familiar en sociedades siempre y cuando, al levantar o traspasar el velo de la persona jurídica, el accionista mayoritario sea cónyuge o familiar hasta el segundo grado de trabajadores que prestan sus servicios para tales sociedades y, además, que conviva con ellos y se encuentren a sus expensas, teniendo que considerarse en tales casos a los familiares del empresario como trabajadores por cuenta propia, y por ello sin derecho a protección por desempleo.

En tales supuestos, y salvo que medie la oportuna prueba en contra, dándose estas circunstancias se aprecia la existencia de una empresa familiar para la cual se prestan servicios, generando una situación de exclusión de la condición de trabajador por cuenta ajena, salvo que por parte del familiar

¹⁵⁶ Recordando los estudios ya clásicos de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, págs. 158-159; ALBIOL MONTESINOS, I.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *CCDT*, núm. 1, 1971, págs. 1 y ss.; MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 58 o SANGUINETI RAYMOND, W.: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un concepto en crisis?», *TL*, núm. 40, 1996, págs. 53 y ss.

¹⁵⁷ LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

¹⁵⁸ LAFUENTE SUÁREZ, J.L.: «La inclusión de familiares colaboradores en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos», *Tribuna Social*, núm. 37, 1994, pág. 63.

¹⁵⁹ Tajante en tal sentido ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTS de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *op. cit.*, págs. 214-215, al considerar que de hecho, en la actualidad, los hijos mayores que no pueden abandonar el hogar paterno, en la mayoría de los casos por el coste de la vivienda, cuando encuentran un trabajo utilizan el salario obtenido para evitar depender económicamente de sus padres, dejando de «estar a cargo» de los mismos, pese a vivir en el mismo lugar.

¹⁶⁰ SSTS 25 noviembre y 19 y 22 diciembre 1997 (RJ 8623, 9520 y 9530); 18 marzo 1998 (RJ 3724); 10 y 19 abril 2000 (RJ 2764 y 4247) y 17 enero 2001 (RJ 778).

del «socio trabajador» con control de la sociedad se rompa la presunción de no laboralidad. Y para ello resulta tremendamente útil recordar el régimen jurídico vigente, tras la adopción de la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS. Junto a ello, en aplicación del artículo 7.2 de la LGSS, aunque los familiares tengan la propiedad o el control efectivo de la empresa, puede probarse la condición de trabajador por cuenta ajena, demostrando que «el pariente de que se trate lleva a cabo realmente una verdadera prestación de servicios debidamente retribuida»¹⁶¹ salvo, cabe entender tras la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo, que se trate de hijos menores de treinta años que convivan con el empleador, en cuyo caso la prestación por desempleo se ha excluido por ley.

4.4. Consideración final a modo de *lege ferenda*

Solo el ánimo de obtener la prestación por desempleo no puede motivar el alta de un familiar como trabajador, pues lo que se paga como cotización y en concepto de impuestos equivale a lo que después se percibirá como prestación por tal contingencia.¹⁶² Sin embargo, el fraude no debería presumirse¹⁶³ resultando más equitativo exigir la necesaria presencia de otros datos que evidencien la

¹⁶¹ Unificando doctrina, STS 17 enero 2001 (RJ 778), considera que es correcta «la afiliación y alta en el Régimen General de la Seguridad Social por parte del cónyuge de accionista y administrador único de la empresa, teniendo derecho a gozar de la plena protección que este Régimen otorga, entre la que se encuentra la protección por desempleo». A la que siguen, entre otras, la STSJ Andalucía/Sevilla 11 octubre 2001 (JUR 2003, 2255), considerando beneficiarios al cónyuge y padre de socios de empresa familiar al haberse demostrado de forma suficiente la existencia de un verdadero contrato de trabajo, acompañado de la retribución y del cumplimiento de las obligaciones sociales y tributarias correspondientes; STSJ Islas Baleares 16 diciembre 2002 (AS 2003, 1792), otorgando la prestación a hijo y sobrino de socios de empresa familiar, al considerar destruida la presunción *iusuris tantum* del artículo 1.3 del ET y 7.2 de la LGSS en los siguientes términos: «Las participaciones sociales de la madre del actor cubren el 50 por 100 del capital social, lo que unido al otro 50 por 100 que posee su tío, permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común, lo que unido a la circunstancia de que el actor convive con su madre, hace presumir el carácter familiar de los servicios prestados que desvirtúa la nota de ajenedad. Ahora bien, se declara probado que el actor trabajó y percibió su retribución desde el 4 de octubre de 1996 hasta el 10 de octubre de 2000, estando de alta y cotizando al RGSS, cuando la titularidad de la empresa había sido vendida a una entidad mercantil de la envergadura de Fomento de Construcciones y Contratas S.A. que ha continuado la actividad empresarial... por lo cual cabe considerarlo como un trabajador por cuenta ajena»; STSJ Cataluña 21 octubre 2002 (AS 3459) –considera beneficiario a hijo de socio mayoritario y administrador único, bajo el argumento de que no puede realizarse una aplicación de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS «que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción *iusuris et de iure*»– y 13 noviembre 2003 (AS 4225), al estimar que cuando «se acredita la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena de la que no puede ser excluido por la sola razón de su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una parte de las acciones, cuando estas no superan el 50 por 100 del capital social»; la STSJ Andalucía/Sevilla 17 enero 2003 (JUR 174145), considera beneficiario al cónyuge de socio de la empresa con participación accionarial inferior al 50 por 100; STSJ Galicia 16 junio 2003 (AS 3579), otorga la prestación por desempleo a un accionista de la empresa que además tiene parentesco con los titulares de la misma, al haberse probado, entre otras circunstancias, que la madre del actor formuló consulta a la TGSS al inicio de la relación laboral concertada con el mismo acerca de «cuál es el Régimen en que debía encuadrarse, haciendo constar su condición de partícipe minoritario en la sociedad, la existencia de un contrato de trabajo –que acompaña– y una retribución mensual, y respondiendo dicha TGSS que el Régimen adecuado es el General». Más recientes, también concediendo la prestación en caso de trabajos familiares, al considerar que «cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena», si perciben una retribución mensual que excede de lo que comúnmente se conoce como «dinero de bolsillo» o «paga semanal» –nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa–, pueden consultarse las STS 5 noviembre 2008 (Rec. 1433/2007) y STSJ Madrid 18 enero 2010 (Rec. 5454/2009).

¹⁶² STSJ Castilla y León 29 octubre 1993 (AS 4350).

¹⁶³ Pues si bien en la gran mayoría de los casos el demandante es también el único trabajador de la empresa, la cual revela así su identidad de negocio personal o familiar (una tienda, un bar, una consultora) donde el empresario es en realidad

finalidad fraudulenta.¹⁶⁴ Los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil proscriben el fraude pero no lo presumen. En consecuencia, «si la Entidad Gestora entiende que este existe y debe aplicarse la doctrina del levantamiento del velo para penetrar en el sustrato personal de la sociedad con el argumento de que la persona jurídica está siendo utilizada instrumentalmente en beneficio de sus socios, está obligada a alegar el fraude y practicar prueba para acreditarlo, no siendo dable inferirlo de la mera constatación de que el socio minoritario que trabaja por cuenta ajena es pariente de otros socios».¹⁶⁵

El legislador, una vez más, ha utilizado el método más expeditivo, la exclusión de la protección por desempleo –pese a reconocer la existencia de relación laboral– olvidando la doctrina constitucional que en su día proscribió (STCo 2/1992) que un trabajador por cuenta ajena recibiera un tratamiento distinto en materia de Seguridad Social en razón única y exclusivamente del vínculo de parentesco.

El presente ejemplo muestra además que el sistema de protección por desempleo aún está muy lejos de alcanzar el principio de universalidad subjetiva que proclama el artículo 41 de la Constitución Española, a pesar de la expansión del ámbito subjetivo del sistema de protección producido en los últimos años, debido sobre todo al fenómeno de inserción social. Dicho principio de universalidad conlleva, por un lado, la consideración del reconocimiento del derecho a la protección a la población en su totalidad y, por otro, el favorecimiento de la cobertura de todas las situaciones de necesidad que puedan presentarse asociadas a la misma. Solo el reconocimiento de una ayuda o prestación genuinamente asistencial a todos los ciudadanos sin empleo, con capacidad y voluntad de trabajar, que se encuentren en una situación real de necesidad por carecer de recursos suficientes para subsistir, permitiría dar por alcanzado ese nivel universal de cobertura.

Cabría pensar, por tanto, en la posibilidad de suprimir los criterios restrictivos actuales de acceso a la prestación si bien, para llevarlo a cabo, sería necesario corregir previamente los factores perversos o desviados derivados del mercado de trabajo (elevado índice de contratación temporal no causal en fraude de ley, con contratos temporales encadenados que se alternan con la prestación de desempleo...) considerando, a su vez, la hipótesis de exigir periodos inferiores de cotización a los colectivos excluidos de protección para permitirles el acceso a la misma. El Derecho comparado aporta fórmulas que exigen menor periodo cotizado en función de la edad o de las cargas familiares, tal como ocurre, por ejemplo, en Austria, donde a los menores de veinticinco años se les exige seis meses y no un año, o en Bélgica, donde este requisito se modula en función de la edad.¹⁶⁶

autopatrón, en otras ocasiones la doctrina judicial ha llegado a soluciones opuestas a partir del supuesto fáctico concurrente. Paradigmática en este sentido resultó la STS 19 octubre 1994 (RJ 8060), al tratarse de una plantilla de unos pocos trabajadores y además con el agravante de que el demandante no es el único despedido, sino que queda afectado por un expediente de regulación de empleo con otros compañeros más, homologado por la autoridad competente. El tales circunstancias el Tribunal Supremo –para el caso de un hijo cuyos padres habían constituido una sociedad limitada– considera evidente su condición de trabajador por cuenta ajena en los siguientes términos: «Si en virtud de dicha autorización se extinguió la relación laboral del actor, calificándola como relación laboral por cuenta ajena, resolución firme, no cabe que con posterioridad el INEM deniegue la prestación cuando el trabajador la solicita, negando su condición de trabajador por cuenta ajena en base a la presunción establecida en el artículo 1.3 c) del ET..., por cuanto se trata de una cuestión ya resuelta, previo cumplimiento de los trámites previstos en los artículos 49.9 y 51 de la Ley 8/1980 del ET, en donde, como ya se ha dicho, se calificó al recurrido como trabajador por cuenta ajena y que no cabe volver a plantear».

¹⁶⁴ STSJ Murcia 17 octubre 1995 (AS 4047).

¹⁶⁵ STSJ Cataluña 13 noviembre 2003 (AS 4225).

¹⁶⁶ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España...*, *op. cit.*, pág. 408.

4.5. La desprotección de los administradores de sociedades de capital

El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores de sociedades de capital y, como consecuencia del mismo, la protección por desempleo de este colectivo, son materias que han suscitado y continúan haciéndolo, la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, siendo una de las cuestiones más inciertas y complejas a la vista de la situación normativa imperante.

La controvertida situación de los administradores societarios ha dado lugar a una extensa jurisprudencia cuya orientación predominante inicialmente afirmaba que quedaban obligatoriamente incluidos en el Régimen General quienes trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, esto es, los que desempeñen funciones de alta dirección o gobierno de ellas, o lo que es lo mismo, funciones directivas emanadas del ordenamiento mercantil, quedando excluidas del ámbito de la Seguridad Social aquellas personas que actúan como administradores de una sociedad, desarrollando funciones que se contraigan exclusivamente a las propias de los consejeros.¹⁶⁷

Poco tiempo después surge otra línea interpretativa que distingue entre los administradores societarios y los altos directivos laborales en virtud del vínculo que les une con la sociedad y no tanto de las funciones que realizan, que pueden ser las mismas. Según esta línea jurisprudencial, los administradores sociales no son altos directivos laborales y, por tanto, no estarían incluidos en el Régimen General.¹⁶⁸ Sin embargo, lo cierto es que los administradores sociales no pueden incluirse en el RETA porque no son trabajadores por cuenta propia, ya que trabajan por cuenta de la sociedad que les retribuye y decide su nombramiento o remoción; por otro lado, la relación que vincula al administrador con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria, no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 c) del ET; sin embargo, tales profesionales están expuestos a los riesgos y contingencias protegidos por el sistema de la Seguridad Social en similares términos que otros profesionales. En fin, la inclusión de este colectivo en el Régimen General fue exigido insistentemente por la jurisprudencia¹⁶⁹ y por la Administración pues lo contrario, unido a su exclusión del RETA, daría lugar a una laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende prácticamente a todas las actividades profesionales.¹⁷⁰

Toda esta evolución jurisprudencial se cierra con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con la exclusión de la prestación por desempleo de este colectivo,¹⁷¹ al considerar que en los administradores societarios no se da la nota de dependencia propia de toda relación laboral. A ello añade otros argumentos tales como la falta de sometimiento a la normativa laboral –ya que su

¹⁶⁷ No se han considerado incluidos los consejeros que posean más de la mitad de las acciones si no cumplen la segunda condición, de ejercer funciones de dirección o gerencia, STSJ Madrid 5 junio 2001 (Rec. 1116/01).

¹⁶⁸ STS 26 abril 1991.

¹⁶⁹ En el cual está incluido el Administrador de sociedad familiar cuyas acciones poseen su madre y hermana, si no convive con ellas, STSJ Comunidad Valenciana 8 noviembre 2001 (AS 592/2002).

¹⁷⁰ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «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 del orden social», *RL*, núm. 2, 1999, pág. 24.

¹⁷¹ SSTS 14 y 26 mayo 1997 (RJ 4271 y 5392). Sobre el particular, RODRÍGUEZ SANTOS, E.: «La denegación de la prestación por desempleo a los administradores de sociedades mercantiles», *TL*, núm. 48, 1998, págs. 143 y ss.

relación es de carácter mercantil y la prestación por desempleo solo se reconoce a los sujetos regidos por el Derecho del Trabajo—; tampoco en el caso de los administradores societarios se produce una pérdida de rentas salariales, «puesto que el concepto de renta salarial no es predicable de la remuneración percibida por estos sujetos»; y por otro lado, a juicio del intérprete de la norma, el hecho de pertenecer al Régimen General no implica tener derecho a sus prestaciones, pues ello exigiría una norma expresa que les obligase a cotizar por desempleo; aún más, el caso de los administradores no se encuentra entre los calificados como situaciones legales de desempleo al referirse estas a la extinción o suspensión de una relación laboral, pero no de un vínculo mercantil.¹⁷²

Por último, la Ley 50/1998 vino a cambiar el rumbo que en su día marcó la Ley 66/1997 [procediendo a la integración obligatoria en el RETA de los administradores retribuidos de sociedades mercantiles capitalistas, esto es, de los que formen parte de su órgano de administración, siempre que su actividad no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas o de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad; durante esta etapa la inclusión de los administradores sociales en el RETA resultaba obligada aunque no fueran retribuidos por desempeñar el cargo, si percibían otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, y aun cuando estos pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social] con la finalidad clara de abaratar el coste de la protección correspondiente a los administradores sociales y a otros supuestos tipificados a través de la generalización del RETA en demérito del Régimen General.¹⁷³ Se produce de este modo un «reencuentro tras un periodo de divorcio entre legislación y jurisprudencia»,¹⁷⁴ decantándose por la inclusión mayoritaria en el Régimen General de la Seguridad Social, utilizando para ello la vía de la asimilación a los trabajadores por cuenta ajena prevista en el artículo 97.2 k) de la LGSS, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, siempre que tales consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, «no posean el control de estas»¹⁷⁵ en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésima séptima de la LGSS, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma (excepto que por razón de su actividad marítimo-pesquera corresponda su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar).

Por el contrario, conforme a la nueva redacción del apartado a) del artículo 97.2 de la LGSS, los trabajadores subordinados y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la

¹⁷² DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, op. cit., págs. 240-241.

¹⁷³ DE LA VILLA GIL, L.E.: «Administradores sociales y Seguridad Social», *TS*, núm. 88, 1998, pág. 15. Analizando los efectos de este cambio de encuadramiento en las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia de los afectados, ROQUETA BUI, R.: «Cambios de encuadramiento producidos al amparo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 y pensiones», en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Madrid: MTAS, 1999, págs. 617 y ss.

¹⁷⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: «Uso y abuso de las leyes de acompañamiento», *RL*, núm. 5, 1999, pág. 87.

¹⁷⁵ Si el socio junto con su cónyuge posee el 50 por 100 del capital social tiene el control efectivo de la sociedad y debe ser dado de alta en el RETA, aunque el régimen económico matrimonial sea de separación de bienes, STS 26 julio 2004 (Rec. 4816/03). También se ha considerado incluido el administrador por participación superior al 50 por 100, aunque su cargo sea no remunerado según sus estatutos, porque sí es lucrativo, STS 7 mayo 2004 (RJ 4713). No obstante, el alta en el RETA y baja correlativa en el Régimen General practicada de oficio por la TGSS a los socios y administradores de sociedades mercantiles como consecuencia del cambio de criterio de la Administración sobre su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social no tiene efectos retroactivos, STS 10 junio 2003 (Rec. 5/02).

realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control, quedan expresamente comprendidos en el Régimen General y dicha inclusión, a diferencia del supuesto anterior, lo es a todos los efectos, incluida la protección por desempleo y del FOGASA.

Bibliografía

- AA.VV. [2000]: *El trabajo infantil en España*, materiales de trabajo, núm. 68, Madrid.
- [2003]: *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, Madrid: Ministerio de Economía.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. [1991]: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos.
- ALBIOL MONTESINOS, I. [1971]: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», *CCDT*, núm. 1.
- ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN GÓMEZ-PÉREZ, S. [1997]: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Madrid: Dykinson.
- ALONSO OLEA, M. [1974]: *Alienación. Historia de una palabra*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G. [1995]: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentarios, Jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid: Civitas.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. [2002]: *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. [2002]: «La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo. A propósito de las SSTs de 17 de enero de 2001 y de 13 de marzo de 2001», *TL*, núm. 63.
- ALZAGA RUIZ, I. [2001]: *La relación laboral de los artistas*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- APILLUELO MARTÍN, M. [1999]: *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- BALLESTER PASTOR, I. [1995]: «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *RTSS. CEF*, núm. 17.
- [1996]: «Acerca del encuadramiento del menor emancipado en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos», *TS*, núm. 70.
- [2002]: «¿Existe una medida de la 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 Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril del 2000», *AS*, núm. 20.
- BLASCO LAHOZ, J.F. [1995]: *El régimen especial de trabajadores autónomos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BRUNETTI, N. [1991]: Figlio apprendista infraventunne e diritto agli assegni familiari», *Riv. gir.lav.prev.soc.*, núm. 3.
- CABRERA BAZÁN, J. [1981]: *Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico*, Madrid: Akal.
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M. [1999]: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Madrid: Civitas.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. [1995]: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M. [2001]: «Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Comentario a la STSJ Sala de lo Social de Murcia de 9 de abril de 2001», *AS*, T. II.

- CRUZ VILLALÓN, J. [2000]: «Prólogo», a LOZANO ARES, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla: Mergablum.
- DE LA CASA QUESADA, S. [2008]: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada: Comares.
- DE LA VILLA GIL, L.E. [1998]: «Administradores sociales y Seguridad Social», *TS*, núm. 88.
- DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. [1999]: «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 del orden social», *RL*, núm. 2.
- DESDENTADO BONETE, A. [1998]: «El encuadramiento en la Seguridad Social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicios para sociedades capitalistas», *RDS*, núm. 2.
- [2000]: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid: Lex Nova.
 - [2005]: «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia», *Justicia Laboral*, núm. 21.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. [2000]: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Valladolid: Lex Nova.
- DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. [2004]: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Valladolid: Lex Nova.
- DOLZ LAGO, M.J. [1983]: «La relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos», *Revista de Derecho privado*, febrero.
- DURÁN LÓPEZ, F. [1986]: «La relación laboral especial de los artistas», *RL*, T. I.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. [2003]: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; AGRA VIFORCOS, B.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H. [2001]: «La protección social de los autónomos y de los trabajadores del campo (un estudio de los Regímenes especiales de la Seguridad Social con mayor incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León)», *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 4.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. [2005]: «La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional? (A propósito de la nulidad del art. 17.2.2º RD 1430/2002)», *RTSS. CEF*, núm. 267.
- FERRANTE, A. [2005]: «La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo», *AS*, núm. 4.
- [2007]: «El trabajo familiar en el Derecho español: el trabajo ¿autónomo? de sus miembros entre las mallas laborales y civiles», *RTSS. CEF*, núm. 292.
- GALASSO, A. [1976]: «Impresa familiare e comunione tacite familiare nell'esercizio dell'agricoltura», *Rivista di Diritto Agrario*, T. I.
- GALIANA MORENO, J.M.^a [1989]: *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Barcelona: Bosch, 1979.
- GÁRATE CASTRO, J.: «La exclusión del cónyuge del empresario en el sistema de la Seguridad Social», *JSSS*, núm. 6.
- GARCÍA BLASCO, J. [1990]: «Desajustes entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales (A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social)», *RL*, T. I.
- GARCÍA MURCIA, J. [2007]: «El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos», *AL*, núm. 18.

- GARCÍA NINET, J.I. [1991]: «La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados de Hogar», *Tribuna Social*, núm. 6.
- [1992]: «La afiliación y el alta en el Régimen General del cónyuge del empresario (En torno a la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1992)», *Tribuna Social*, núm. 15.
- GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.ª C. [2001]: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia: Laborum.
- GARCÍA VALVERDE, M.ª D. [2000]: «El trabajo de los menores y su protección», *RTSS. CEF*, núm. 204.
- GÓMEZ CABALLERO, P. [2000]: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. [2002]: «Los problemas del encuadramiento en el RETA en la jurisprudencia reciente», *AL*, núm. 3.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F., en AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., dir.) [2007]: *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia: Laborum.
- GONZÁLEZ PÉREZ, F. [1981]: *El estatuto laboral del artista de espectáculo público*, Extremadura: Universidad de Extremadura.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. [2003]: *Condiciones de trabajo y seguridad social de los profesionales de la música*, Madrid: Iberautor.
- GREGORIS, M. [1986]: «Brevi considerazioni sulla natura giuridica dell'impresa familiare», *Il Dir del Lav.*, núm. 6.
- HURTADO GONZÁLEZ, L. [2006]: *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, Madrid: La Ley.
- IGLESIAS CABERO, M. [2002]: «Algunas variantes del encuadramiento en el sistema de Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 39.
- LAFUENTE SUÁREZ, J.L. [1994]: «La inclusión de familiares colaboradores en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos», *Tribuna Social*, núm. 37.
- LIMÓN LUQUE, M.A. [2004]: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi.
- LÓPEZ ANIORTE, M.ª C. [1996]: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona: Aranzadi.
- LÓPEZ NIETO Y MALLO, F. [1983]: *Espectáculos y establecimientos públicos*, Madrid: Abella.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. [1987]: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. II, vol. 1, Madrid: Edersa.
- LOZANO ARES, F. [2000]: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Sevilla: Mergablum.
- LUJÁN ALCARAZ, J. [1994]: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid: MTSS.
- [2006]: «La empresa familiar ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *AS*, núm. 10.
- MARTÍN VALVERDE, A. [2005]: «Reestructuración de empresas y protección social», Tercera Ponencia. *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Murcia: Laborum.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. [1997]: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León: Universidad de León.
- [2005]: «Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma», *RTSS. CEF*, núm. 273.

- [2006]: «El trabajo familiar del menor de edad», *Revista de Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 32.
 - [2006]: *Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos*, Albacete: Bomarzo.
 - [2006]: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid: CEF.
 - [2006]: «El trabajo personal no dependiente. Avance tras la elaboración de una propuesta de Estatuto del trabajador autónomo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, –Número monográfico V Edición Premio Artículos Jurídicos «García Goyena»–.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. [2004]: *El espacio profesional del Graduado Social y del licenciado en Ciencias del Trabajo*, León: Universidad de León.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. [1999]: «Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada», *RDS*, núm. 8.
- [2003]: *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- MERCADER UGUINA, J.R. [1999]: «Uso y abuso de las leyes de acompañamiento», *RL*, núm. 5.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. [2007]: «Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo», *RL*, núm. 20.
- MOLINA NAVARRETE, C. [2007]: «Trabajadores en la frontera: Comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», *RTSS. CEF*, núm. 295.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. [2007]: «El desempleo de los trabajadores autónomos», en AA.VV. (AESSS): *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia: Laborum.
- MONTOYA MELGAR, A. [1999]: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos.
- MORENO LISO, L. [2003]: «Nueva delimitación de fondo de la libre prestación de servicios del abogado», *AS*, T. V.
- OJEDA AVILÉS, A. [1999]: «Trabajo familiar: una descripción del conflicto típico», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., coord.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid: Tecnos.
- ORTEGA PRIETO, E. [1999]: *El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios: régimen general o de autónomos*, Barcelona: Praxis.
- PALMA RAMALHO, M.R. [2006]: *Directo do Trabalho*, Coimbra: Almedina.
- PALOMINO SAURINA, P. [2007]: «Estudio comparativo del trabajo infantil en España y Portugal», *AS*, núms. 7-8.
- PANIZO ROBLES, J.A. [2007]: «Las modificaciones en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (A propósito de las medidas de Seguridad Social contenidas en el Estatuto del Trabajo Autónomo y en la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se integran en el Régimen de Autónomos a los trabajadores por cuenta propia agrarios)», *RTSS. CEF*, núms. 293-294.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. [1995]: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, Madrid: Civitas.
- RAMOS QUINTANA, M.ª I. [2000]: «El trabajo de los menores», *REDT*, núm. 100.
- REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. [1999]: «El nuevo encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores sociales y trabajadores tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *RL*, t. I.

- RIVAS VALLEJO, P. [2007]: «El trabajo de los menores en el negocio familiar: la contradicción entre inclusión obligatoria y exclusión por edad», en AA.VV. (AESSE): *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia: Laborum.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. [1997]: *El régimen jurídico del contrato de trabajo minero*, León: Universidad de León.
- [2006]: «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgos», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid: Junta de Castilla y León.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E. [1998]: «La denegación de la prestación por desempleo a los administradores de sociedades mercantiles», *TL*, núm. 48.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. [1966]: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71.
- ROQUETA BUJ, R. [1995]: *El trabajo de los artistas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [1999]: «Cambios de encuadramiento producidos al amparo de la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997 y pensiones», en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Madrid (MTAS).
- RUANO ALBERTOS, S. [2001]: «El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional», *TS*, núm. 127.
- [2001]: *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Madrid: MTAS.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. [1963]: «El ámbito subjetivo del trabajo familiar», *Revista de Política Social*, núm. 57.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I. [1999]: «Apuntes jurídico laborales sobre los administradores sociales ejecutivos de sociedades mercantiles», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico titulado «Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagaroy Bengoechea», núm. 23.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. [1993]: «Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad (comentario a la STC 2/1992, de 13 de enero)», *REDT*, núm. 58.
- SANGUINETI RAYMOND, W. [1996]: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un concepto en crisis?», *TL*, núm. 40.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F. [1980]: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: Círculo de Empresarios. Pirámide.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.
- TORRES GALLEGU, E. [1980]: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., Madrid: Asociación para el progreso de la Dirección.
- VALPUESTA GASTAMIZA, E.M. [2003]: «Crear una empresa familiar en 48 horas: demasiadas prisas en la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 5.999.
- VÉLAZ NEGUERUELA, J.L. [1279]: «Especial problemática de la empresa familiar», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 678, 2005 (BIB 2005).
- VENEZIANI, B. [1987]: «Nuove tecnologie e contratto de lavoro», *GDLRI*, núm. 33.
- VICENT CHULIÁ, F. [2000]: «Empresa familiar y sociedad familiar», *RDP*, núm. 5.
- VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R. [2010]: *Manual de Seguridad Social*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos.
- VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.ª T. [2003]: «Abogados en prácticas. ¿Profesión regulada? Comentario a la STJCE de 13 noviembre 2003», *AS*, t. V.