

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Extracto:

El régimen en la protección social de cuantos necesitan incorporarse a un Colegio para ejercer su profesión experimentó un cambio sustancial con la promulgación de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), en tanto a partir de dicha norma estos sujetos tienen abierta la posibilidad de instar su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) no siendo obligatorio solicitar su incorporación en la Mutualidad creada por el Colegio, si bien pueden utilizar esta última institución como sistema alternativo al modelo público.

La forma de ejercitar semejante opción ha estado marcada por la polémica en tanto los órganos administrativos de la Seguridad Social venían denegando la afiliación en el RETA de todo profesional que no hubiera recabado con anterioridad su baja en la Mutualidad ante la imposibilidad de mantener la integración simultánea en ambos; en cambio, los órganos judiciales han declarado la total compatibilidad entre la incorporación al RETA y la utilización de la protección mutualista como sistema complementario a este último.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 con la declaración de nulidad del artículo 17.2 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, viene a confirmar la naturaleza de las denominadas mutualidades alternativas, las cuales no pierden los caracteres específicos marcados por su normativa propia, ni les son de aplicación ninguno de los principios inspiradores del modelo público; en consecuencia, considera contraria a derecho la incompatibilidad establecida por el precepto entre las prestaciones concedidas por el RETA y cuantas sean dispensadas por una entidad de previsión social que funcione como alternativa al mismo.

Sumario:

- I. Antecedentes normativos: el modelo de protección social de los abogados hasta el año 1995.
- II. Un cambio normativo significativo: el acceso de los profesionales liberales al sistema público de Seguridad Social.
 - 1. Colegiados con ejercicio anterior al 10 de noviembre de 1995.
 - 2. Colegiados con ejercicio posterior al 10 de noviembre de 1995.
 - 3. Recapitulación de las opciones previstas por el ordenamiento jurídico.
- III. Sobre la compatibilidad de las prestaciones reconocidas por la mutualidad de la abogacía y el régimen público de Seguridad Social.
- IV. A modo de conclusiones: efectos derivados del ejercicio del derecho de opción entre dos modelos de protección diferentes.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 2004 ¹ ha declarado nulo el párrafo segundo del artículo 17.2 Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social (RMPS). Esta resolución, aun cuando lo haga de manera implícita, viene a confirmar la naturaleza de las denominadas mutualidades alternativas, las cuales no pierden los caracteres específicos marcados por su normativa propia, ni les son de aplicación ninguno de los principios inspiradores del modelo público ². Ahora bien, antes de entrar a analizar los postulados de la resolución citada conviene parar mientes en la evolución legislativa y el panorama actual de la protección social de los abogados en España.

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS: EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS HASTA EL AÑO 1995

Hasta tiempos muy recientes, los profesionales liberales que para el ejercicio de su actividad necesitan como requisito previo adscribirse a un Colegio o Asociación Profesional no han disfrutado de la posibilidad de solicitar su afiliación en régimen público alguno de Seguridad Social –lo cual constituye una clara excepción a la obligación de cualquier trabajador por cuenta propia de afiliarse al RETA–, encontrando en las mutualidades de previsión social el único cauce para hacer frente a las posibles contingencias sufridas ³.

Será con la modificación del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, operada a través del Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, cuando este colectivo tendrá abiertas las puertas para integrarse en el RETA. Ahora bien, al calor de dicha norma, no existía libertad individual para la

¹ Ar. 3959.

² Aun cuando sea una propuesta realizada de *lege ferenda*, en otro de mis trabajos defiendo la inclusión de las mutualidades de empresa y las vinculadas a Colegios Profesionales dentro del esquema protector de la Seguridad Social pues sus rasgos configuradores son muy similares a los presentes en el modelo público, si bien dicha equiparación no debe ser absoluta y muchos de los principios propios de este último no les serán de aplicación a semejanza de cuanto ocurre, por ejemplo, con las mejoras directas de previsión social o con las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Las mutualidades voluntarias de previsión social y sus conexiones con el sistema de Seguridad Social*, León (Universidad de León), 2004, pág. 90.

³ «El origen de las mutualidades profesionales existentes en la actualidad hay que buscarlo, una vez más, en las deficiencias del anterior sistema de Seguridad Social. Tradicionalmente los trabajadores por cuenta propia quedaron excluidos de los llamados seguros sociales obligatorios. Ni el régimen del retiro obrero, ni el posterior del subsidio de vejez establecido en el año 1947 alcanzaban al colectivo de los trabajadores por cuenta propia. Tampoco el otro de los fundamentales seguros obligatorios, el de enfermedad, incluía en su ámbito de aplicación a los profesionales liberales. Por ello, la mayoría de los profesionales colegiados buscaron un mecanismo de protección, no ya complementario, sino de carácter básico, en la Ley de Mutualidades del año 1941», ÁVALOS MUÑOZ, L.M.: «Antecedentes históricos del mutualismo», en MORETA I AMAT, M.: *Cataluña en el movimiento mutualista de previsión social en España*, Barcelona (Generalitat), 1991, pág. 94. Un estudio exhaustivo sobre los antecedentes de dichas mutualidades y, en especial, sobre la norma de 1941, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los antecedentes histórico-jurídicos de las mutualidades voluntarias de previsión social*, León (Universidad de León), 2005, págs. 75 y ss.

incorporación; antes al contrario, era necesaria una decisión corporativa a través de la oportuna solicitud de los órganos superiores de representación de dichos Colegios y el correspondiente refrendo mediante norma de nivel ministerial (art. 3 *in fine* RD 2530/1970) ⁴, que afectaba a la totalidad del colectivo.

Semejante habilitación fue aprovechada por muchos grupos profesionales para instar su integración en el reseñado Régimen ⁵, si bien algunas mutualidades de autónomos liberales que eligieron tal opción no han llegado a desaparecer totalmente, continuando sus actividades de protección social con carácter complementario ⁶. En consecuencia, los miembros de estos colectivos integrados aparecen obligados a instar individualmente su afiliación y/o alta en el RETA desde el inicio de su actividad ⁷, pudiendo acudir a la entidad de previsión, si existe, como vía para mejorar las prestaciones del sistema público ⁸.

Sin embargo, muchos otros decidieron no incorporarse a la Seguridad Social –uno de ellos los abogados–, quedando la adscripción a la mutualidad como «el único modelo asegurativo posible y obligatorio para los [colegiados] ejercientes» ⁹, ante la imposibilidad de afiliación a régimen alguno en el esquema público de protección. Así, la Mutualidad General de la Abogacía venía funcionando tradicionalmente «como un sistema de previsión básico, al margen de la Seguridad Social, que implicaba un sistema sustitutorio de los regímenes... obligatorios» ¹⁰.

⁴ Según los Tribunales, «la diferencia de trato (derivada del inciso final del art. 3 D 2530/1970, reformado por el RD 2504/1980, que la recurrente estima contraria al art. 14 de la Constitución), lejos de ser arbitraria y por ende discriminatoria, tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos, como son, por una parte, los derivados de la naturaleza del sistema de la Seguridad Social y, por otra, el hecho de que la incorporación al régimen de la misma de los distintos grupos de trabajadores ha sido y es necesariamente gradual y constituye una opción política legítima, al posponer la incorporación de un determinado grupo o al condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional», STCo 68/1982, de 22 de noviembre; siguiéndola, STSJ Cataluña 3 diciembre 1992 (Ar. 6337).

«De admitirse la inclusión individual..., se altera la propia naturaleza colectiva y obligatoria del sistema y se distorsiona su entero esquema de financiación y cobertura de riesgos», ALONSO OLEA, M.: «Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre. Libertad sindical negativa y afiliación colectiva de profesionales a la Seguridad Social», en ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. I, Madrid (Civitas), 1984, pág. 107.

⁵ Para una lista de los grupos profesionales incorporados al RETA, MALDONADO MOLINA, F.J.: *Las mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Pamplona (Aranzadi), 1998, pág. 44.

⁶ ÁVALOS MUÑOZ, L.M.: «Antecedentes históricos del mutualismo», cit., pág. 95.

⁷ STSJ Castilla y León/Burgos 14 febrero 2000 (Ar. 1501).

⁸ «Esta situación genera una diferencia de trato jurídico entre el colectivo de trabajadores colegiados que ejercen una actividad por cuenta propia y no se han integrado en el RETA y los colectivos que quedaron integrados en su día por la solicitud del órgano superior de representación de los respectivos Colegios, quienes no quedan afectados por la disposición adicional decimoquinta y, por tanto, no pueden acceder a la opción individual entre afiliarse al RETA o pertenecer a la mutualidad. Sin embargo, esta situación de desigualdad en el tratamiento de la ley se encuentra justificada, según el TCo, al no suponer trato discriminatorio la desigualdad derivada de la sucesión de normas jurídicas», MOLINA GARCÍA, M.: «La afiliación al sistema de la Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», *AL*, núm. 47, 1996, págs. 917 y 918.

⁹ STSJ Madrid 16 febrero 1999 (Ar. 523).

¹⁰ SSTSJ Murcia 28 febrero 2000 (Ar. 240) o 16 julio 2001 (Ar. 3440). Ambos pronunciamientos, insistiendo en sus argumentos, llegan a sostener lo siguiente: «la calificación que le damos –para aquellas fechas– a la mutualidad de "sustitutoria", la hacemos [no en términos jurídicos, sino] en el sentido de mutualidad que reemplaza, suple, releva la acción de la Seguridad Social. Y ello, insistimos, porque era obligatoria su pertenencia y era la única forma de previsión para ese colectivo». En idéntico sentido, STSJ, Cont.-Adm., Murcia 29 septiembre 2001 (Jur. 319055).

En efecto, la necesidad de colegiación para poder ejercer la profesión como abogado por cuenta propia llevaba aparejada como requisito *sine qua non*¹¹ la afiliación automática y forzosa en la mutualidad del correspondiente Colegio Profesional¹²; adscripción vinculante considerada por el Tribunal Constitucional totalmente acorde con la Carta Magna y no atentatoria contra ningún derecho fundamental, en especial la libertad de asociación reconocida en el artículo 22.1 CE, bajo los siguientes argumentos: «este régimen de protección o aseguramiento social encuentra un instrumento adecuado en esta estructura mutualista, con el consecuente reparto mutuo de los correspondientes riesgos sociales, y para lo que resulta necesario la obligación de inscripción y el consecuente deber de cotización, sin cuya prestación patrimonial no podría conseguirse el cumplimiento del fin de protección social perseguido. Esta pertenencia obligatoria, y la cuota correspondiente, es el instrumento necesario e imprescindible para el cumplimiento del fin público constitucionalmente relevante que se quiere perseguir mediante la creación de la asociación mutua, y ha de considerarse constitucionalmente justificada la pertenencia obligatoria que el demandante cuestiona»¹³.

II. UN CAMBIO NORMATIVO SIGNIFICATIVO: EL ACCESO DE LOS PROFESIONALES LIBERALES AL SISTEMA PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL

La situación descrita cambia sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁴ que en su redacción inicial, intentó poner fin a una situación ciertamente transitoria¹⁵, pretendiendo universalizar aún más el ámbito subjetivo del sistema público y haciendo primar la autonomía individual frente a la colec-

¹¹ STSJ, Cont.-Adm., Galicia 22 junio 2001 (Ar. 1353).

¹² «Así, el artículo 13 de los Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía establece la obligatoriedad de la afiliación y pertenencia a la misma de aquellos Licenciados en Derecho que se incorporen a un Colegio de Abogados. A igual conclusión se llega de la lectura de los artículos 10, 15.6) y 25.1 a) del Estatuto General de la Abogacía, que obliga a pertenecer a dicha Mutualidad a los colegiados incorporados, sean o no ejercientes, lo que nos debe llevar a la conclusión de que resulta obligatorio pertenecer y pagar las cuotas de la Mutualidad a aquel Letrado que pretenda pertenecer a un Colegio de Abogados, sea en calidad de ejerciente o sin ejercer», SSTSJ, Cont.-Adm., Comunidad Valenciana 31 marzo 1999 (Ar. 1680) y 15 julio 2002 (Jur. 77361/2003). Del mismo parecer, STSJ, Cont.-Adm., Aragón 26 junio 2000 (Ar. 1640).

¹³ STCo 244/1991, de 16 de diciembre.

¹⁴ La elección de la vía utilizada para realizar la reforma ha sido muy criticada, en tanto parecía mejor haberla realizado un año antes coincidiendo con la aprobación de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS); sin embargo, y de nuevo en un mal endémico dentro de la regulación de las mutualidades, «una norma que no regula materias propias de Seguridad Social ha venido a ser utilizada para introducir decisivas modificaciones en este sector del ordenamiento jurídico, viniéndose a generar así mayores dosis de confusión en una parcela del Derecho ya suficientemente inestable y –por qué no decirlo– caótica», LÓPEZ ANIORTE, M.^a C.: «Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema», *RL*, núm. 21, 1997, págs. 42 y 43.

¹⁵ Así definió en su momento el maestro de maestros la situación de ciertas mutualidades libres cuyo ámbito era «aún abierto, aunque no se sabe por cuanto tiempo, quizá indefinido también, el de los colectivos, ya muy reducidos, todavía no cubiertos por los sistemas de Seguridad Social públicos y obligatorios», ALONSO OLEA, M.: «Las mutualidades de previsión social (arts. 16 a 21)», en AA.VV. (VERDERA Y TUELLS, E., Dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, T. I, Madrid (Colegio Universitario de Estudios Financieros), 1988, pág. 492.

tiva ¹⁶, al sustituir la prohibición de incorporación directa de los profesionales por la previsión contraria, obligando a «afiliarse a la Seguridad Social» a cuantos profesionales se incorporen a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido aún integrado en el RETA (disp. adic. 15.^a) y cuya colegiación sea forzosa para poder desarrollar su ocupación ¹⁷. Eso sí, la propia norma matizaba su contenido cuando, a continuación, establecía expresamente cómo «al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación, podrán optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional» ¹⁸.

Asimismo, concluido el plazo de adaptación concedido a las mutualidades constituidas con anterioridad a la LOSSP (fijado en cinco años por la disp. trans. 5.^a 3.1.º LOSSP, el cual finalizó el 10 de noviembre de 2000), cuantos colegiados decidieran no permanecer en la correspondiente entidad habrían de instar la afiliación y/o el alta en el RETA (disp. trans. 5.^a 3.3.º LOSSP).

La finalidad pretendida por el legislador consistía –y consiste–, así, en eliminar la exigencia de que la afiliación al RETA haya de venir precedida por un acuerdo de los órganos superiores de los respectivos Colegios. Sin embargo, su compleja redacción, la variada casuística en la materia y una interpretación y concordancia nada fácil entre los dos preceptos mencionados ¹⁹ generó numerosos conflictos ante los Tribunales y una gran panoplia de consultas realizadas por los Colegios Profesionales ante distintos órganos administrativos.

La circunstancia movió a los poderes públicos, en primer lugar, a intentar aclarar su contenido mediante la Resolución de 23 de febrero de 1996, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, y la Circular 3-029, de 11 de junio de 1996, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ²⁰; en segundo térmi-

¹⁶ «El ordenamiento jurídico ha abandonado la anterior opción del colectivo por el RETA en favor de otra individual: cada profesional colegiado es, ahora, el que libremente puede elegir el mecanismo de protección social que le interesa» [SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales», en AA.VV. (GÓMEZ FERREIRO, F. y MOLINER TAMBORERO, G., Dirs.): *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Madrid (CGPJ), 2001, pág. 75]. Su objetivo es «conseguir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el Régimen de Trabajadores Autónomos» [STSJ Asturias 2 marzo 2001 (Jur. 139599)].

¹⁷ «La nueva redacción dada a la disposición adicional 15.^a Ley 30/1995 por el artículo 33 de la Ley 50/1998 recalca para el futuro la necesidad de la obligación de colegiación como presupuesto básico de la opción», STSJ Madrid 10 febrero 2000 (Ar. 1542).

¹⁸ Esta previsión «añade un nuevo cauce de afiliación obligatoria a la Seguridad Social de este colectivo de profesionales, a quienes se les exige la colegiación obligatoria, si bien con la opción de solicitar la afiliación y/o alta en el RETA, o incorporarse a la mutualidad que tenga establecida dicho Colegio», STSJ Navarra 15 marzo 2000 (Ar. 810).

¹⁹ Las críticas vertidas sobre la oscuridad y ausencia de «precisión» y «finura» de las disposiciones analizadas pueden quedar sintetizadas gráficamente en las siguientes líneas: «estamos ante un ejemplo de los casos, cada vez más frecuentes, en que la ignorancia de la ley, o mejor dicho, la imposibilidad de saber lo que quiere decir la ley y/o la Administración al aplicar la ley, debería eximir de su cumplimiento», OLAVARRÍA IGLESIA, J.: «Régimen actual de la incorporación obligatoria a las mutualidades generales de previsión social. Resolución de 30 de enero de 1996», *RGD*, núms. 622-623, 1996, pág. 8.631.

²⁰ El instrumento normativo utilizado para la aplicación de esta modificación es usual en el ámbito de la Seguridad Social, pues en lugar de dictar una norma con carácter legal o reglamentario se acude a una instrucción de naturaleza administrativa. La circunstancia merece la más severa de las censuras, por la inseguridad jurídica que tal actuación puede traer consigo y la dudosa legalidad de la interpretación realizada cuando su cometido exceda el de una mera norma de desa-

no, a modificar las disposiciones adicional 15.^a y transitoria 5.^a 3.3.º sólo tres años después de su entrada en vigor (art. 33 L 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), refundiendo en una sola, la primera de ellas, la completa regulación al respecto. Para concluir este proceso, la entrada en vigor del vigente texto refundido [aprobado mediante RDLeg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP)] no ha supuesto la derogación de la mentada disposición adicional 15.^a, en tanto ésta mantiene su aplicación práctica *ex* disposición derogatoria única a) 8.^a TRLOSSP.

Antes de entrar a analizar las opciones contempladas por dicha previsión será menester realizar una matización previa de importante alcance: existe un régimen jurídico diferenciado en atención a la fecha de inicio de la profesión, esto es, el requisito constitutivo para la inclusión de un abogado en el RETA no viene dado por la fecha de la colegiación, sino por el desempeño de su oficio, pues, sin la segunda, la primera «resulta inoperante» a tales efectos, habida cuenta el ordenamiento jurídico «une indisolublemente ejercicio de actividad con colegiación, para determinar la obligación o no de afiliación, en función de la concurrencia de estos dos requisitos antes o después del 10 de noviembre de 1995, y de la existencia de una mutualidad de previsión social»²¹. En idéntico sentido lo ha interpretado la propia Administración, cuando la Resolución TGSS de 27 de septiembre de 1996 exonera a los abogados no ejercientes de encuadrarse dentro del RETA, sin perjuicio de las posibilidades de acceso o permanencia en la Mutualidad colegial, pero configurando ésta como una decisión de adopción libre y voluntaria²².

Sobre la indeclinable premisa anterior, y tras la «vorágine legislativa»²³ reseñada, de conformidad con las previsiones actualmente en vigor cabe distinguir dos situaciones.

1. Colegiados con ejercicio anterior al 10 de noviembre de 1995.

Los colegiados cuya actividad hubiera sido iniciada con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, y además estuvieran incluidos en la Mutualidad de la Abogacía, deben solicitar el alta en el RETA si deciden no permanecer integrados en la entidad de previsión social, pudiendo hacerlo desde

rollo. En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: «Administradores sociales y Seguridad Social pública: un nuevo caso de inseguridad jurídica (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Social, de 4 de junio de 1996)», *AL*, suplemento al núm. 26, 1996, págs. 2.123 y ss., o BLASCO LAHOZ, J.F.: «Campo de aplicación del Régimen especial de Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos en relación con los Colegiados Profesionales (A propósito de la disposición adicional 15.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados)», *AL*, núm. 47, 1996, pág. 928.

Así ocurrió con los actos reseñados, habida cuenta «se trata de una disposición no propiamente interpretativa, sino con una componente normativa que puede exceder de las facultades del órgano administrativo que las ha dictado», ÁVALOS MUÑOZ, L.M.: «Las mutualidades de profesionales y la nueva Ley de Seguros», *Mutual*, núm. 2, 1996, pág. 56.

²¹ STSJ Cataluña 15 junio 1998 (Ar. 2784).

²² STS, Cont.-Adm., 14 diciembre 1995 (Ar. 9722).

²³ 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. 130.

el momento en el cual ésta proceda a realizar la adaptación a la LOSSP dentro de los plazos establecidos en el apartado 3.º de la disposición transitoria 5.ª, pues hasta ese momento la colegiación llevaba aparejada forzosamente la incorporación a la asociación de protección mutua y, por tanto, la posibilidad de integración individual en el sistema público no existía ²⁴. De esta manera, y a partir del 1 de julio de 1996 ²⁵, fecha en la cual entró en vigor la modificación estatutaria aprobada por la Asamblea General de la Mutualidad de la Abogacía el 29 de junio del mismo año transformando la entidad de obligatoria en voluntaria, y momento en que concurrían todos los requisitos previstos en la LOSSP para la plena operatividad de la incorporación al sistema de Seguridad Social, estos profesionales pueden encuadrarse en el régimen público sin necesidad de contar con la aquiescencia expresa del correspondiente Colegio.

Dos son las matizaciones a realizar respecto a la disposición estudiada:

- 1.ª La reforma de 1998 no sigue la interpretación que, en su momento y para este supuesto, contenía el apartado tercero de la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, cuando exigía la afiliación y/o alta una vez hubiera tenido lugar la transformación de la mutualidad en voluntaria, quedando el profesional exonerado únicamente de cumplir tal deber si acreditara ante la TGSS su opción por la inclusión en esta última, presentando al efecto la correspondiente certificación expedida por la asociación.

Tal previsión, sin embargo, extraía consecuencias que superaban *–extra limitis–* lo dispuesto tanto en la derogada disposición transitoria 5.ª LOSSP ²⁶ como en la nueva redacción de la disposición adicional 15.ª (norma de continuación), pues en ambos casos, y para este colectivo, si bien persiste la obligación de integrarse en la Seguridad Social, la afiliación al RETA no es vinculante o prioritaria, sino que tal operación trae su causa en una decisión voluntaria del colegiado, quien decide no continuar en la entidad privada y buscar la cobertura de sus contingencias en el sistema público, siendo suficiente una declaración por escrito en la cual manifieste que ésta es su voluntad.

- 2.ª Las posibilidades de elección del abogado en este último caso son menores que respecto al colectivo incorporado al ejercicio profesional después del 10 de noviembre de 1995, habida cuenta para poder encuadrarse en el RETA debe renunciar expresamente a la protección

²⁴ STSJ, Cont.-Adm., Castilla y León/Valladolid 7 julio 2000 (Ar. 2615).

²⁵ La propia LOSSP mantiene expresamente la validez de aquellas opciones ejercitadas antes del 1 de enero de 1999 –fecha de entrada en vigor de la reforma de 1998– al amparo de la disposición transitoria 5.ª (disp. adic. 15.ª 2.º pfo 2.º *in fine*).

²⁶ «El régimen contenido en la disposición transitoria 5.ª 3.3 implica que, como regla general, los profesionales liberales a quienes se refiere no están obligados a solicitar la afiliación a la Seguridad Social (y el alta en el RETA), sino que conservan su anterior encuadramiento al margen del seguro público (mutualidad que era de adscripción obligatoria). Y, como excepción, sí será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social de aquellos profesionales (individualmente considerados) que decidan abandonar ese sistema de seguro privado», MALDONADO MOLINA, F.J.: «La previsión social de los profesionales liberales: papel que corresponde a sus mutualidades tras la LOSSP», en AA.VV.: *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Madrid (Mapfre), 1997, pág. 238.

mutualista, sin poder, *a priori*, mantener ésta como instrumento complementario ²⁷. Sin embargo, cabe realizar una interpretación extensa de la previsión, pues nada impide, una vez instada su afiliación en dicho régimen especial, volver a solicitar su inclusión en aquella entidad ²⁸; ahora bien, aun pudiendo hacerlo los perjuicios causados serán evidentes, en tanto durante una época al menos habrá dejado de realizar aportaciones a ellas y tendrá unas condiciones de entrada diferentes y menos ventajosas a las que tenía con anterioridad, salvo acuerdo con la entidad en el cual se respeten las condiciones adquiridas previamente.

Por tanto, el trato resulta diferente respecto a algunos de sus compañeros de profesión y los efectos negativos ocasionados cabría situarlos en los límites de la discriminación habida cuenta la única diferencia entre ambos radica en la fecha de la incorporación; en consecuencia, se debería haber permitido también a este segundo grupo instar su encuadramiento en el RETA sin tener que renunciar forzosamente a la mutualidad, manteniendo la protección ofrecida por éste como suplementaria de aquél ²⁹.

2. Colegiados con ejercicio posterior al 10 de noviembre de 1995.

Cuantos profesionales se hayan incorporado o incorporen al Colegio después del 10 de noviembre de 1995 –fecha de entrada en vigor de la LOSSP– habrán de ser considerados incluidos en el campo de aplicación del RETA, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en cualquier circunstancia, el alta en dicho Régimen conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables en la materia (arts. 47 y ss. RD 84/1996, de 26 de enero).

La propia disposición adicional 15.^a LOSSP establece –*ex art. 33 L 50/1998*– una serie de supuestos de naturaleza transitoria que regulaban la solicitud y efectos del alta, diferenciando dos períodos temporales distintos; sin embargo, semejantes previsiones no debieron ser aplicadas a los

²⁷ «La afiliación obligatoria a la Seguridad Social y la posibilidad de optar –al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación– por solicitar la afiliación y/o el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos o por incorporarse a la mutualidad que tenga establecida el Colegio Profesional, y que sanciona la disposición adicional 15.^a de la Ley 30/1995 –remitiéndose a los arts. 10.2 c) de la LGSS de 20 junio 1994 y 3 del D 2530/1970, de 20 de agosto– es aplicable tan sólo a quienes se han colegiado y ejercido su actividad profesional después del 10 de noviembre de 1995, pues no cabe desconocer que dicha disposición adicional carece de eficacia retroactiva, al no contener previsión expresa al efecto», STSJ Castilla y León/Valladolid 7 octubre 1997 (Ar. 3677).

«No se trata en este caso de una verdadera opción, sino de una obligación que queda legal y suspensivamente condicionada a la decisión de no permanecer en la respectiva mutualidad. En tal sentido, aquí la mutualidad no tendrá el carácter de auténtica alternativa al sistema público de Seguridad Social, sino de vía para quedar excluido de la obligación de afiliación al mismo», ANGULO RODRÍGUEZ, L. (de): «Nueva perspectiva de las mutualidades de previsión social», *Noticias UE*, núms. 139-140, 1996, pág. 36.

²⁸ Así, «aunque pueda parecer un absurdo, nada impide que el profesional que abandone la mutualidad y, por consiguiente, se integre en el RETA, con posterioridad decida incorporarse de nuevo a la primera y así disfrutar de un complemento privado a la protección pública», MALDONADO MOLINA, F.J.: «La previsión social de los profesionales liberales...», cit., pág. 242.

²⁹ LANZADERA ARENCIBIA, E.: «Abogados: mutualidad o Seguridad Social», *CEFGESTIÓN*, núm. 22, 2000, pág. 39, defendiendo la misma opinión, pues «sólo en el caso de que no opten por la mutualidad, sería obligatoria su inclusión, lo cual no excluye que si la opción es por la mutualidad, el colegiado pueda, además, optar por el Régimen especial».

abogados ³⁰, en tanto éstos, conforme consta, deben instar su encuadramiento en el RETA desde el 1 de julio de 1996 ³¹. En consecuencia, en la época en que se dictó la Ley de 1998 era de aplicación la excepción prevista en el párrafo 3.º de la disposición adicional 15.ª LOSSP, no pudiendo presentar virtualidad práctica alguna las disposiciones provisionales contempladas en la Ley de Acompañamiento para el año 1999.

La particular situación descrita para los abogados también afecta a los documentos a recabar por la Administración en aras a comprobar si concurrían o no los requisitos para proceder a la afiliación y/o alta. Según la Circular TGSS de 11 de junio de 1996, cada Dirección Provincial con la primera solicitud de afiliación debía obtener de la Mutualidad Colegial una declaración sobre si la adaptación a la LOSSP había tenido lugar o no y, una vez recibida comunicación en sentido afirmativo, ésta era válida para las posteriores peticiones, sin necesidad de tener que pedir nuevas certificaciones. Ahora bien, dicha regla viene excepcionada en el caso de la Mutualidad de la Abogacía, en tanto la Resolución TGSS de 27 de septiembre de 1996 en su apartado 2.º señalaba expresamente cómo no será necesario que se solicite por dicho órgano administrativo la confirmación de la adaptación de la Mutualidad, al ser ésta manifiesta y pública.

De esta manera, la incorporación al RETA constituye regla general, si bien aparecen exentos de la obligación de darse de alta en dicho régimen quienes opten o hayan optado por incorporarse a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente Colegio Profesional, siempre y cuando estuviera constituida con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.2 Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre, de Entidades de Previsión Social (REPS), es decir, presentara una naturaleza forzosa, cual era el caso de la Mutualidad General de la Abogacía.

La alternativa ofrecida por la ley ha sido fuertemente contestada desde un sector doctrinal para el cual la misma quiebra la obligatoriedad como pilar del sistema ³², contraviene el principio de soli-

³⁰ De la opinión contraria, aplicando expresamente uno de los casos contemplados en la disposición adicional 15.ª LOSSP, STSJ Asturias 2 marzo 2001 (Jur. 139599).

³¹ Resolución TGSS de 27 de septiembre de 1996.

³² De esta manera, defienden «la conveniencia de eliminar, en la medida de lo posible, vías de escape, no sólo por representar desigualdades, sino también por dificultar la simplificación y claridad de conceptos que permitan luego los ajustes generales apropiados... Sería conveniente que se sumara... la eliminación de cualquier tipo de opción que no fuera el binomio conjunto derecho-obligación a la pertenencia al nivel contributivo de Seguridad Social en el régimen correspondiente, en atención a la calificación profesional de la actividad, y a la naturaleza de la misma si lo pretendido es diferenciar entre regímenes de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; quedando en su caso la opción planteada de permanencia de la mutualidad en cuanto protección complementaria como algo a considerar, tal vez más factible todavía tras esta última modificación, pero ya extramuros del sistema de Seguridad Social público, entrando a formar parte de la de tipo voluntario-privado» [PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de "desajustes"», *RL*, núms. 7-8, 2000, pág. 204]. En consecuencia, «ha de seguir siendo rechazable la afiliación voluntaria individual respecto del régimen público de cobertura específico del grupo asegurado, o fuera de éste mediante la adhesión facultativa a otro régimen público asegurador, pues dicha elección individual distorsiona el sistema público de financiación y cobertura de riesgos» [BORRAJO DACRUZ, E.: «Profesionales titulados y Seguridad Social pública», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Coord.): *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid (AEDTSS-Marcial Pons), 1995, pág. 567].

daridad nacional³³ y caja única del sistema e implica conceder un trato jurídico diferente a los autónomos colegiados frente a quienes no se encuentran en dicha situación, no encontrando «una justificación razonable que aconseje la desigualdad en cuanto al cumplimiento de una obligación de carácter público que para unos es alternativa y para otros se expresa en términos absolutos»³⁴.

Con todo y pese a las críticas expuestas, el legislador ha decidido no romper de manera abrupta y total con la regulación anterior y pasar de una prohibición categórica al extremo contrario, la inclusión sin excepciones. En su decisión, sin duda, ha pesado el peso específico de los Colegios que presionaron para evitar la desaparición de sus privilegios, pero también la necesidad de establecer mecanismos de integración de difícil materialización práctica, como demuestran los procesos nada pacíficos de incorporación al sistema de otros institutos jurídicos, así como el juego de los criterios de equidad y coherencia que difícilmente justifican la obligación de incorporación de un colectivo al que históricamente se le ha denegado su encuadramiento en el modelo público, causándoles tal medida numerosos inconvenientes³⁵. Por tal razón, la decisión adoptada parece presentar resultados perjudiciales menores que los que aparentemente provocaría una incorporación universal, constituyendo el precio a pagar de una tradición enraizada en el ordenamiento español; el refranero popular permite sintetizar la idea defendida: «del mal, el menos».

Retomando las previsiones de la norma, de no ejercitar tal derecho pudiendo hacerlo, el ordenamiento contempla una sanción de gran trascendencia: no lo podrá realizar con posterioridad; es decir, y en aplicación del artículo 47.1 Real Decreto 84/1996 deberá instar su inclusión en el RETA sin la facultad de acudir a la mutualidad como régimen alternativo, pudiendo utilizarla únicamente como modelo complementario. Asimismo, la no integración en ninguno de los dos sistemas habrá de ser considerada como infracción en materia de Seguridad Social por no solicitar su afiliación inicial en el Régimen correspondiente [art. 22.9 RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)], con las consecuencias previstas en el artículo 40.1 LISOS.

³³ «Desde la óptica de dicho principio de solidaridad, tanto más eficaz cuanto más amplio sea su ámbito de acción, no parece tener sentido posibilitar que determinados sectores o grupos de población puedan voluntariamente sustraerse a la cobertura del sistema, recurriendo, para la protección de sus necesidades sociales, a otros mecanismos particulares que, por razones de capacidad económica o de cualquier otra índole, pudieran brindarles resultados más apetecibles», DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «El campo de aplicación del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados», *PJ*, núm. 64, 2001, págs. 502 y 503.

³⁴ MOLINA GARCÍA, M.: «La afiliación al sistema de la Seguridad Social español...», cit., pág. 922.

³⁵ «De tales habría de calificar, por ejemplo, la integración en un régimen de protección social de muchos que por motivo de edad no fueran a poder alcanzar (en razón a los períodos de carencia exigibles) el derecho a las prestaciones más características del mismo (rama de pensiones); o, en la mayoría de los casos, la obligada pertenencia a dos mecanismos de protección concurrentes (el RETA y el previamente establecido), con el doble esfuerzo contributivo que ello comportaría, a fin de poder asegurar la no frustración de las expectativas de derecho acumuladas en el mecanismo al que viniera acogido con anterioridad» [DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «El campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social...», cit., pág. 508]. Estos efectos negativos pueden «operar como una limitación de hecho para los mutualistas de mayor edad en orden a solicitar el alta en el RETA» [MALDONADO MOLINA, F.J.: *Las mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, cit., pág. 228].

Sin embargo, crea una indeseable inseguridad jurídica, al no contemplar plazo alguno para el ejercicio de la opción ³⁶; en consecuencia, y mientras no se promulguen las normas reglamentarias en desarrollo de la Ley 50/1998 para ver si aclaran la cuestión, la elección habrá de ser realizada en idéntico término al concedido al interesado para instar la afiliación y/o alta en la TGSS ³⁷, es decir, «en el plazo de treinta días siguientes al nacimiento de la obligación de optar» ³⁸, a situar, conforme consta, al inicio del ejercicio de la profesión.

Un segundo problema no resuelto por la norma –ésta únicamente establece consecuencias en el supuesto de no actualización inicial de la prerrogativa analizada– surge a la hora de determinar qué ocurre en aquellos casos en los cuales el abogado bien decida abandonar la realización de su profesión para, posteriormente, volver a ejercerla o bien solicite su baja en la entidad previsora privada, surgiendo la duda sobre si el derecho de opción volvería o no a nacer. En este sentido, cabe diferenciar dos situaciones distintas en atención a la elección primigenia realizada por el interesado:

- 1.ª Al estar vinculada la opción con el inicio del ejercicio de la actividad, si opta por el RETA deberá instar su afiliación en dicho sistema ³⁹ y al presentar ésta el carácter de única y exclusiva, el abandono posterior de la profesión sólo implicará instar la baja, para una vez retomado su ejercicio solicitar el alta, con lo cual tal prerrogativa no volverá a nacer, quedando la protección mutualista como sistema complementario, pero nunca alternativo. Para quienes defienden esta posición, argumentar lo contrario supondría romper, una vez más, ciertos principios básicos dentro del modelo de Seguridad Social español e implicaría ofrecer un trato a este colectivo rayano con lo discriminatorio si comparado con el resto de trabajadores autónomos que no tienen alternativa alguna al respecto y para los cuales instar el alta resulta obligatorio; por tal razón, materializada la elección, su inclusión en el RETA conllevará la aplicación de su completo régimen jurídico, sin poder excepcionar sus previsiones nuevamente.

Sin embargo, no cabe desconocer cómo la opción conlleva en la práctica ofrecer un régimen privilegiado a quienes opten inicialmente por la mutualidad sujetos que, conforme se verá, sí podrán solicitar *a posteriori* su encuadramiento en el RETA no vinculándoles su primigenia decisión; es más, los propios poderes públicos no ponen ningún reparo desde el modelo privado al público, circunstancia capaz de plantear cuál de los dos supuestos resulta más equitativo y menos contrario al artículo 14 CE.

³⁶ Ya el propio Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley avisó sobre la «incertidumbre» que semejante previsión podía sembrar en sus destinatarios de no especificar acto seguido con claridad «el plazo en el que la falta de ejercicio de esa opción determine la pérdida del derecho», CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, Madrid (CES), 1999, pág. 164.

³⁷ PORTUGAL BARRIUSO, R.M.ª: «Afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia incorporados a un colegio profesional», *RL*, núm. 14, 1997, pág. 18 o PANIZO ROBLES, J.A.: «El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular», *RTSS (CEF)*, núm. 190, 1999, pág. 167.

³⁸ 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...», cit., pág. 130.

³⁹ En estos casos y «de acuerdo con las previsiones del último inciso del párrafo 3.º, apartado 1, disposición adicional decimoquinta de la LOSSP, es obligatoria el alta en el RETA, sin que posteriormente pueda suplir esta obligación por su incorporación en la mutualidad», PANIZO ROBLES, J.A.: «De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000)», *RTSS (CEF)*, núm. 208, 2000, pág. 140.

Considerandos propicios existen a favor de una y otra posición, pues las diferencias entre autónomos integrados y no integrados derivadas de la sucesión de normas jurídicas no vulnerarían tan importante precepto constitucional; en el otro de la balanza, existen numerosos ejemplos en los cuales la elección por el encuadramiento en el RETA y en la mutualidad conlleva la aplicación de un régimen jurídico diverso sin que tal circunstancia implique trato discriminatorio alguno.

Con todas estas reflexiones sobre la mesa, la mejor opción parece ser aquella conforme a la cual la opción debería volver a nacer aun cuando el abogado hubiera optado *ab initio* por el RETA, pues puede utilizar la mutualidad como alternativa, supliendo dicha integración el encuadramiento obligatorio en el ámbito de la Seguridad Social.

- 2.^a De elegir la mutualidad, e interpretando el tenor de la ley en sentido estricto, la elección es única, irrevocable y realizable al comienzo del ejercicio de la actividad y una vez actualizada semejante prerrogativa en el sentido indicado, ésta ya no volverá a nacer y el abogado no podrá instar el alta en el RETA como consecuencia de esta profesión.

Sin embargo, tal criterio presenta dos tachas de importante alcance: de un lado, semejante juicio parece vulnerar el espíritu de la norma conforme al cual la incorporación al sistema público es prioritaria, sólo exonerable por el ejercicio de la opción en favor de la mutualidad, y el incumplimiento sobrevenido –con independencia de la causa de la baja en esta última– de la alternativa comportará «la automática obligación de instar el alta en el RETA»⁴⁰, generando su inobservancia las consecuencias derivadas de no solicitar el encuadramiento en tiempo y forma en el modelo público; de otro, puede traer aparejadas situaciones de desprotección en tanto el interesado pudiera perder la ofrecida por la entidad de previsión social, teniendo vedada la posibilidad de acceder a la propia del régimen especial estudiado, aun cumpliendo los requisitos necesarios para integrarse en él.

Por tal razón, la Administración ha adoptado un criterio flexible con la finalidad de aumentar la afiliación al sistema permitiendo a los abogados instar su incorporación al RETA en cualquier momento, aun cuando se hayan decantado inicialmente por la mutualidad y no por el sistema público, intentando de este modo atraer hacia sí un colectivo que siempre había disfrutado de una normativa especial que, actuando a modo de válvula de escape, les permitía no integrarse en el modelo público.

La interpretación propuesta tampoco representa ningún trato privilegiado para los colegiados respecto a otros autónomos; al contrario, en numerosas ocasiones y ante la ausencia de instrumentos de coordinación entre ambos modelos, el salto de uno a otro únicamente trae aparejadas desventajas en forma de interrupción de su carrera de seguro, pudiendo perder los derechos en curso de adquisición o no llegando a lucrar los períodos de carencia necesarios para acceder a las prestaciones en ninguno de ellos, en tanto no será posible realizar el correspondiente cómputo recíproco de cotizaciones al no presentar la alternativa mutualista la naturaleza de régimen integrante del sistema de Seguridad Social en el sentido del artículo 9.2 LGSS.

⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «El campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social...», cit., pág. 502.

3. Recapitulación de las opciones previstas por el ordenamiento jurídico.

A la vista de los dos supuestos analizados, la norma impone un mínimo, una obligación principal: la afiliación a un sistema de protección social, si bien la forma de su cumplimiento queda configurada como una alternativa *–facultas solutionis*⁴¹, pues el interesado disfruta de la posibilidad de elegir entre la integración en la Seguridad Social vía RETA o la incorporación a la mutualidad⁴², aun cuando la elección no lo sea «en un plano de estricta igualdad»⁴³, pues, conforme consta, prevalece la obligación de afiliación al primero, únicamente no actualizable en caso de acogerse al segundo.

Por tanto, no puede hablarse de plena integración del colectivo en el sistema público, habida cuenta se les permite quedar extramuros de su ámbito de aplicación⁴⁴. De haber querido el legislador la integración en el modelo obligatorio, bastaría con haber suprimido el artículo 3 c) párrafo 2.º Decreto 2530/1970, obligando al abogado a incorporarse al sistema, quedando la mutualidad como un sistema complementario y libre de previsión social, de tal manera que un colegiado ejerciente estaría obligatoriamente incluido en el RETA y sólo con carácter voluntario podría estar en dicha mutualidad [por aplicación del art. 8 RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, TRLGSS]. Pero no es así, lo que realmente ocurre es que ha quedado en manos del propio colegiado incorporarse o no a la Seguridad Social, lo único que se ha «ganado» es que ahora existe esa libertad de incorporarse individualmente al suprimir la obligatoriedad de incorporación colectiva. Ésa es la diferencia entre lo alternativo (término que nos sugiere un dilema, una disyuntiva u opción) y lo sustitutorio (que equivaldría a algo que reemplaza, releva, suple...)»⁴⁵.

Item más, la elección carece de naturaleza excluyente, pues no media prohibición alguna de continuar en ambos, es decir, afiliarse al RETA y mantener la protección de la mutualidad, habida cuenta «la opción establecida por la Ley 30/1995 no viene configurada como alternativa obligatoria

⁴¹ ALMAJANO, L.: «Apunte sobre la "alternativa al RETA" de las mutualidades. Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», *Mutual*, núm. 9, 2000, pág. 28.

⁴² «Efectuando un símil respecto a la forma de hacer efectiva esa obligación principal, el interesado puede pasar por la ventanilla de la Tesorería General de la Seguridad Social o por la ventanilla de la Mutualidad», PANIZO ROBLES, J.A.: «El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social...», cit., pág. 160.

⁴³ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «El campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social...», cit., pág. 502.

⁴⁴ El abogado que opte únicamente por la Mutualidad queda excluido, no ya sólo del RETA, «sino de todo el sistema de la Seguridad Social, a pesar de desplegar su actividad profesional por cuenta propia» [STSJ Madrid 15 abril 1999 (Ar. 1202)], rompiendo así «la obligatoriedad que ha venido representando y en buena medida todavía representa, la incorporación al nivel contributivo del sistema desde... la consecución de esta libertad individual en algunos casos desde la propia pertenencia al sistema, con posibilidades de derecho a ello sin la correlativa obligación» (PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: «La protección social del trabajador autónomo...», cit., pág. 201). De esta manera, «si por el acto de la afiliación el sujeto queda encuadrado en el sistema público de Seguridad Social, no se entiende cómo los colegiados no integrados en el RETA que optan por la mutualidad como sistema de previsión de riesgos, puedan quedar afiliados en la Seguridad Social. Por el contrario, estos colectivos siguen estando al margen del sistema público de Seguridad Social» (MOLINA GARCÍA, M.: «La afiliación al sistema de la Seguridad Social español...», cit., pág. 917).

⁴⁵ SSTSJ Murcia 28 febrero 2000 (Ar. 240) o 16 julio 2001 (Ar. 3440).

entre la afiliación al RETA o a la mutualidad, sino como una opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos»⁴⁶; en consecuencia, nada impide superponer uno y otro, por cuanto poseen características claramente diferenciadas⁴⁷.

En consecuencia, y a partir de la ley, los abogados deben cumplir con la obligación de darse de alta en un sistema de protección social, pero pueden optar entre las siguientes alternativas:

1. Quedar incluidos sólo en el RETA.
2. Elegir únicamente la protección dispensada por la mutualidad, como un mecanismo de previsión alternativo al sistema público de Seguridad Social⁴⁸, actuando en la práctica como entidad que suple la aplicación del RETA⁴⁹.
3. Afiliarse obligatoriamente al Régimen Especial y voluntariamente a la mutualidad, actuando ésta, en tal supuesto, como un sistema complementario de protección privada⁵⁰.

Tal labor jurisprudencial y doctrinal ha encontrado finalmente eco legal, habida cuenta el RMPS reconoce explícitamente a las mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales su carácter alternativo al RETA (art. 2.2 RMPS), «además» de poder actuar con carácter suplementario al sistema público, como lo hace cualquiera de sus congéneres.

En conclusión, la Mutualidad de la Abogacía tras la adaptación de sus normas de funcionamiento interno «ha quedado como una forma de aseguramiento privado (a diferencia del sistema de Seguridad Social), voluntario (no es obligatorio pertenecer a ella para ejercer la abogacía), comple-

⁴⁶ STS 25 enero 2000 (Ar. 657). Siguiéndola, STSJ Cantabria 15 julio 2002 (Jur. 261488). En este sentido, «realmente la Seguridad Social ha renunciado a su *vis expansiva* y se ha plegado del lado del sector privado, que ha conseguido mantener un reducido, un espacio social a costa del que realmente corresponde a lo público, pero ello es una opción de política legislativa a la cual debemos estar» [SSTSJ Murcia 28 febrero 2000 (Ar. 240) y 16 julio 2001 (Ar. 3440)].

⁴⁷ «Por descontado, si las mutualidades alternativas tuvieran la condición de sustitutorias de las gestoras de la Seguridad Social, ello sería inviable, pues por el mismo trabajo nadie puede estar simultáneamente sujeto a más de un encuadramiento en la Seguridad Social», SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Mutualidad de Previsión de la Abogacía y sus prestaciones ante la normativa actual», *PJ*, núm. 59, 2000, pág. 512.

⁴⁸ La «mutualidad constituye, para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, una opción a la inclusión, obligada en otro caso, en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos» [STSJ Madrid 16 febrero 1999 (Ar. 523)]. «Así pues, la afiliación o alta del actor en [aquél] se suple en su caso, dado que ejerce una actividad para la cual precisa la colegiación en su Colegio Profesional que tiene establecida una mutualidad de previsión, por su incorporación a esta última» [STSJ Extremadura 1 septiembre 1998 (Ar. 3200)].

⁴⁹ STS 20 junio 2000 (Ar. 6893).

⁵⁰ «No existe incompatibilidad alguna entre la pertenencia a la mutualidad colegial y la permanencia en alta dentro de la Seguridad Social, pues son cosas distintas la posibilidad de optar entre uno y otro sistema, para atender al requisito de alta en la Seguridad Social, y que la opción a favor del régimen especial de autónomos excluya la posibilidad de permanecer como mutualista en la colegial... Son cosas distintas el que el profesional no puede ser obligatoriamente dado de alta en el régimen especial de autónomos, cuando haya optado por cumplir el requisito de la afiliación y/o alta en la mutualidad del Colegio Profesional, y que, una vez formulada opción por el régimen especial de la Seguridad Social, no puede causar o permanecer en alta en una mutualidad privada», STSJ Castilla y León/Valladolid 23 febrero 1999 (Ar. 1413); en el mismo sentido, STS 16 mayo 2001 (Ar. 5216) y STSJ Comunidad Valenciana 8 junio 2000 (Jur. 282934).

mentario (es perfectamente compatible el alta en el RETA y de forma voluntaria –como suplemento de lo público– pertenecer a ella), o alternativo al modelo público de Seguridad Social (el ejerciente puede optar por estar protegido solamente por la mutualidad en lugar del sistema público de Seguridad Social), y autogestionado por sus propios beneficiarios (algo impensable en el sistema público), que fijan su umbral de protección y las aportaciones que lo financiarán, con un sistema basado en la capitalización (a diferencia del público que se basa principalmente en el de reparto)»⁵¹.

La conclusión anterior vuelve a ser reiterada, una vez más, por la sentencia comentada la cual, siguiendo los postulados establecidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵², llega a colegir la posible coexistencia entre el alta en el RETA y la pertenencia a las mutualidades, pudiendo utilizar éstas como fórmula para conseguir una mejora de las prestaciones básicas del sistema, habida cuenta la imposibilidad de integrarse en ambos sistemas vulneraría la naturaleza complementaria de las entidades de previsión social reconocida en el artículo 64 LOSSP⁵³.

III. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES RECONOCIDAS POR LA MUTUALIDAD DE LA ABOGACÍA Y EL RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL

El RMPS en su artículo 17.2 cuando hace referencia a la compatibilidad de pensiones viene a distinguir dos situaciones distintas: de una parte, la actuación de la mutualidad como entidad complementaria; de otra, el funcionamiento de dicho instituto como institución alternativa.

En el primer supuesto, las prestaciones reconocidas por este instituto resultan perfectamente compatibles con las prestaciones que hubieran lucrado los abogados en cualquier régimen obligatorio de la Seguridad Social (art. 17.2.1.º RMPS)⁵⁴, pues semejante coexistencia aparece implícita en su carácter complementario y en la ausencia de «precepto alguno impeditivo de dicha concurrencia»⁵⁵; de entender lo contrario, quedarían convertidas a la postre en sustitutivas de las garantizadas por el sistema público⁵⁶.

Más problemático ha resultado en la práctica la segunda de las previsiones, en tanto el artículo 17.2.2.º RMPS considera excluyentes los auxilios garantizados por el RETA y los concedidos por entidades que actúen como alternativa al mismo. Frente a semejante mandato presentan recurso contencioso-administrativo las Mutualidades de la Abogacía, de los Procuradores de los Tribunales de España y la Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

⁵¹ SSTSJ Murcia 28 febrero 2000 (Ar. 240) o 16 julio 2001 (Ar. 3440).

⁵² Fundamentalmente a través de la STS 25 enero 2000 (Ar. 657).

⁵³ STS, Cont.-Adm., 22 junio 2004 (Ar. 3959).

⁵⁴ Un reconocimiento que, por otra parte, significa «además la plena compatibilidad de afiliaciones entre las mutualidades y cualquiera de estos regímenes», STS, Cont.-Adm., 22 junio 2004 (Ar. 3959).

⁵⁵ RON LATAS, R.P.: *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 2000, pág. 329.

⁵⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Las mutualidades voluntarias de previsión social y sus conexiones con el sistema de Seguridad Social*, cit., pág. 331.

Para las entidades actoras dicho precepto vulnera el principio de jerarquía normativa *ex* artículo 9.3 CE, en tanto la ordenación reglamentaria vendría a significar una innovación normativa si comparada con el tenor legal, pues éste en ningún caso prescribe la incompatibilidad entre el Régimen Especial analizado y el dispensado por la entidad de previsión social; es más, el modelo mutual nace como alternativa al RETA, pero únicamente en cuanto sistema obligatorio y no lo reemplaza de manera absoluta o excluyente.

En cambio, el Abogado del Estado utiliza un criterio hermenéutico literal para llegar a colegir la imposibilidad de percibir por idéntico concepto una prestación del RETA y al mismo tiempo un auxilio dispensado como entidad alternativa por una mutualidad, es decir, el precepto objeto de litigio vendría a impedir que un abogado estuviera encuadrado en el sistema público y simultáneamente se encontrara adscrito a la mutualidad en su modalidad alternativa para el desempeño de una misma actividad, vedando el cobro de prestaciones reconocidas por los dos modelos, en tanto la afiliación obligatoria a uno y otro es una elección excluyente.

El fallo comentado concluye dando la razón a los actores y viene a declarar la nulidad del párrafo 2.º del artículo 17.2 RMPS, analizando al respecto sendas interpretaciones a derivar de su tenor: por una parte, de seguir el criterio sentado por el Abogado del Estado la previsión carecería de sentido y no aportaría nada nuevo al párrafo primero, en tanto vendría a establecer la total compatibilidad entre las prestaciones del RETA y las mutualidades voluntarias, mientras el segundo vendría a establecer la imposible concurrencia entre las prestaciones de dos sistemas incompatibles entre sí, al constituir las dos formas de cumplir la obligación de alta en la Seguridad Social: encuadramiento en el Régimen Especial o utilización de la mutualidad como sistema alternativo.

Por otra, una segunda interpretación derivada del precepto podría ser aquella conforme a la cual su contenido vendría a ser impedir la pertenencia simultánea a la mutualidad como entidad alternativa y complementaria, prohibiendo la posibilidad de simultanear el disfrute de prestaciones por dicha entidad en sus dos facetas. Sin embargo, semejante criterio hermenéutico va en contra de la naturaleza complementaria de esta institución, la cual no desaparece en cuantos supuestos venga a funcionar como modelo alternativo al público; entender lo contrario viene a ocasionar una notable equivocidad de su contenido e impone aparentemente una inexistente incompatibilidad de prestaciones.

Partiendo de los postulados anteriores y al no contener dicho precepto un contenido normativo propio, salvo de realizar una interpretación del mismo *contra legem* vulneradora de lo dispuesto en la LOSSP y del principio de legalidad, el Tribunal decide, con fundamento en la seguridad jurídica, anular el precepto impugnado con la finalidad de evitar cualquier aplicación errónea del mismo.

Finalmente, y aun cuando la sentencia analizada no llegue a entrar a valorar este extremo, otra interpretación posible del precepto ahora anulado podría llevar a aplicar ciertos principios del sistema público a una mutualidad alternativa a fin de dispensar un trato jurídico igual a cuantos colegiados opten por uno y otro sistema. Así, si un profesional decidiera permanecer en la mutualidad y

desarrollara otra actividad cuyo desempeño le obligara a encuadrarse en el RETA podría haberse interpretado la imposibilidad de causar las prestaciones en los dos sistemas, debiendo optar entre las prestaciones del público o de la mutualidad. Sin embargo, dicha conclusión no parece factible ni antes, por cuanto forzaría al sujeto a un doble esfuerzo de cotización/aportación sin posibilidad de acceder a una protección en ambos ni de conexiones entre los mismos –pues, conforme se verá, no cabe el cómputo recíproco de cotizaciones, al tratarse de modelos de naturaleza diferente–, ni en el momento actual tras la derogación del precepto objeto de controversia.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES: EFECTOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN ENTRE DOS MODELOS DE PROTECCIÓN DIFERENTES

Conforme consta, a partir de la LOSSP el abogado debe elegir entre dos sistemas diversos que presentan una estructura y un régimen jurídico distinto; por tal razón, el encuadramiento en uno u otro sistema no es indiferente, sino que va a traer aparejadas importantes consecuencias en la práctica, las cuales han de ser valoradas por el interesado en el momento de seleccionar su preferencia, pues ésta «no es neutral»⁵⁷, circunstancia «que hace recomendable tener en cuenta y valorar de modo adecuado tal extremo en el momento de decidir el sentido de la opción a ejercitar»⁵⁸.

Sin ánimo de ser exhaustivo, procede indicar como principales efectos los siguientes:

- 1.º Las contingencias aseguradas por uno y otro sistema no tienen por qué coincidir plenamente, habida cuenta la mutualidad no es una entidad sustitutoria del RETA y la «alternancia no significa equivalencia»⁵⁹, ni tampoco conlleva la obligación de dispensar en todo caso un nivel de protección similar al del sistema básico, o establecer un régimen de acceso a las prestaciones idéntico a éste. Una decisión en tal sentido no ha de ser considerada como discriminatoria ni carente de justificación objetiva⁶⁰.

⁵⁷ PANIZO ROBLES, J.A.: «El encuadramiento de los profesionales colegiados...», cit., pág. 167, nota 68.

⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «El campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social...», cit., pág. 519.

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Ámbito de aplicación del RETA: problemas actuales», cit., pág. 81. En la doctrina judicial, SSTSJ Murcia 16 julio 2001 (Ar. 3440) y 28 febrero 2000 (Ar. 240).

⁶⁰ «Tenemos que concluir afirmando que no tiene por qué considerarse discriminatoria una forma distinta de regular el acceso a la pensión de viudedad a causar a cargo de la Mutualidad, ni tampoco se violenta derecho constitucional alguno, pues la cuantía de la pensión de viudedad la fija dicha Mutualidad en base a criterios fijados por la misma y que se aceptan por sus mutualistas, pero ello no es una discriminación rechazable y carente de justificación objetiva, pues ésta se encuentra en las propias peculiaridades y diferencias entre el sistema público de Seguridad Social y el privado de la Mutualidad», STSJ Murcia 16 julio 2001 (Ar. 3440). Del mismo parecer, STS 16 mayo 2001 (Ar. 5216) y SSTSJ Canarias/Las Palmas 21 enero 1997 (Ar. 415), Murcia 28 febrero 2000 (Ar. 240) o Comunidad Valenciana 8 junio 2000 (Jur. 282934).

Con todo, tal circunstancia no significa la absoluta desconexión entre las prestaciones otorgadas por el sistema público y las concedidas por el privado, en tanto el primero sirve de base y guía para el segundo, debiendo este último estar inspirado en los conceptos previstos en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, a los cuales acudir en caso de duda en la interpretación ⁶¹.

En consecuencia, el cuadro final de prestaciones no tiene por qué ajustarse estricta y completamente al otorgado al amparo de la LGSS ⁶²; la coincidencia será la regla general, pero también cabe contemplar prestaciones de naturaleza o estructura diferente a aquellas que mejoran, o auxilios destinados a proteger contingencias no cubiertas por el sistema público. En atención a dicha libertad, las mutualidades pueden adaptarse mejor a las nuevas necesidades del colectivo de abogados y, al ser más fácil la alteración de sus normas de funcionamiento ⁶³, atender con mayor prontitud las modernas demandas de protección exigidas por aquéllos ⁶⁴; en cambio, y aun cuando la tendencia actual sea la homogeneización de los regímenes especiales con el general –buena muestra de ello lo constituye el RD 1273/2003, de 10 de octubre, que regula las contingencias profesionales y amplía la prestación por incapacidad temporal para los autónomos–, las modificaciones en el RETA son más lentas y pausadas y, en muchas ocasiones, pueden llegar demasiado tarde para sus beneficiarios.

⁶¹ Acudiendo a los conceptos propios del sistema de Seguridad Social para interpretar lo dispuesto en los preceptos estatutarios y reglamentarios de la Mutualidad de la Abogacía, entre muchas, SSTSJ Madrid 31 octubre 2001 y 17 enero 2002 (Jur. 40179/2002 y 110825), Andalucía/Málaga 1 febrero 2002 (Ar. 1427) o Andalucía/Sevilla 15 febrero 2002 (Jur. 3136). SSAP, Civil, León 13 julio 1999 (Ar. 7338), Sevilla 27 diciembre 2002 (Jur. 170873/2003) y Salamanca 13 marzo 2003 (Jur. 118287).

⁶² En referencia directa a la Mutualidad de la Abogacía, la STSJ Andalucía/Málaga 1 febrero 2002 (Ar. 1427) concluye lo siguiente: «la doctrina jurisprudencial en relación con estas mutualidades de previsión social considera... que su cuadro de prestaciones [no tiene] por qué ajustarse a las normas del régimen público de Seguridad Social. Pero debe tenerse en cuenta también..., que tampoco puede considerársele una simple entidad aseguradora privada, sino una entidad de previsión social como se ha dicho, creada para la previsión profesional del colectivo al que extiende su ámbito de protección, teniendo por finalidad las prestaciones que garantiza a favor de los mutualistas y los beneficiarios, aunque compatibles e independientes de la Seguridad Social si bien a partir de la Ley 30/1995, alternativa obligada respecto del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, la protección al igual que la Seguridad Social, de las contingencias de jubilación, viudedad, orfandad e invalidez permanente entre otras».

⁶³ «El principio *pacta sunt servanda* no resulta de aplicación en este ámbito, al menos con el significado que defiende el actor y que la sentencia recurrida admite, equivalente a un supuesto deber jurídico por parte de la Mutualidad de respetar a todo trance la propuesta en materia de jubilación que, en cierta época y en función de unas concretas circunstancias expuso a los mutualistas y que fue aceptada por el demandante en su día, con la subsiguiente imposibilidad ulterior de sustituir por otros, sin la aquiescencia personal de este último, los términos y requisitos en que se había concretado inicialmente el acceso al disfrute de la mencionada prestación... [Nos encontramos] en el marco del obligado acatamiento de las decisiones adoptadas válidamente por la Asamblea, órgano soberano de formación y expresión de la voluntad social, a tenor de cómo la define el artículo 29.1 de los Estatutos, y cuyos acuerdos, conviene insistir, prevalecen y se imponen sobre la voluntad e interés particulares de cada mutualista individual», STSJ Baleares 12 noviembre 2001 (Ar. 444/2002).

⁶⁴ «La introducción de la voluntariedad de incluirse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en la Mutualidad de Previsión Social que tenga establecida el Colegio Profesional para sus colegiados condicionará la oferta de aquéllas; por ello, a partir de ahora, las Mutualidades deberán intentar no sólo conservar a sus actuales mutualistas con aspectos novedosos, sino que también tendrán que ofrecer un conjunto de productos que despierten el interés de los profesionales, que sean personalizados y flexibles, que se ajusten a las necesidades presentes y futuras del profesional liberal y que, por lo tanto, susciten su interés y preferencia frente a otro tipo de protecciones», BLASCO LAHOZ, J.F.: «Campo de aplicación del Régimen especial de Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en relación con los colegiados profesionales...», cit., págs. 927 y 928, nota 12.

- 2.º Al tratarse de dos esquemas totalmente autónomos e independientes no entra en juego «la prohibición de inclusión múltiple que nuestras leyes de Seguridad Social contienen»⁶⁵ en los artículos 8.1 LGSS y 6.1.4.º Real Decreto 84/1996 y, por tanto, el mismo trabajo no da lugar a la inclusión en dos regímenes de Seguridad Social, pues uno de ellos –el privado– no es tal.
- 3.º Cuando el abogado ha prestado servicios en cualesquiera actividades que dan lugar a su encuadramiento en otro régimen de Seguridad Social, normalmente el general, y ha optado por encuadrarse por su actividad profesional en el RETA, los períodos cotizados en ambos regímenes sucesiva o alternativamente podrán ser totalizados a solicitud del interesado, siempre y cuando no se superpongan⁶⁶, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de la misma (arts. 4 RD 691/1991, único D 2957/1973, 35 D 2530/1970 y 67 OM 24 de septiembre de 1970).

Sin embargo, dicho cómputo recíproco de cotizaciones no es de aplicación en caso de optar por la cobertura mutualista⁶⁷, en tanto su protección no entra dentro de los modelos establecidos en dichas normas, por tanto el abogado no podrá solicitar para adquirir las prestaciones en el sistema de Seguridad Social que le sean valoradas las aportaciones realizadas a la entidad de previsión social.

- 4.º En caso de simultanear el abogado el ejercicio de la profesión con otra actividad que dé lugar a su inclusión en regímenes distintos al RETA, de haber optado por la mutualidad no cabría hablar de pluriactividad a efectos del artículo 7.4 Real Decreto 84/1996, debiendo instar su incorporación al correspondiente régimen; en cambio de haber elegido su encuadramiento en el Régimen Especial tratado, sí sería de aplicación dicha disposición y, por tanto, deberá realizar un alta por cada una de las actividades en todos los regímenes implicados.

Asimismo, si el colegiado desarrolla varias actividades y todas ellas dan lugar a su inclusión en el RETA, de haber optado por este último no viene obligado a instar nueva alta al presentar ésta la naturaleza de única y exclusiva⁶⁸ e implicar tal actuación «una duplici-

⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía», AS, T. V, 2000, pág. 28.

⁶⁶ En caso de períodos superpuestos, no cabrá la totalización por cuanto «las bases de cotización a los distintos regímenes no pueden sumarse para integrar la base reguladora, porque cada régimen reconoce el derecho a las prestaciones de acuerdo con sus propias normas y teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas al mismo sin que proceda aplicar las reglas del artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto, sobre cómputo recíproco de cotizaciones», STSJ Cantabria 23 mayo 2002 (Ar. 1880).

⁶⁷ De esta manera, «las relaciones entre cotizaciones a la Seguridad Social y el pago de cuotas a una Mutua de Previsión Social no se incluirán en la norma general determinada en la LGSS, puesto que no se trata en este supuesto de pensiones del mismo sistema a las que sean aplicables las notas antes señaladas. Por lo tanto, si se precisan unos tiempos concretos de cotización para alcanzar el derecho a los beneficios, y no se consigue reunir en ninguno de ellos, no va a ser posible la comunicación de los pagos efectuados, es decir, se perderá la opción al derecho», BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.º: «La doble función de las mutuas de colegios profesionales. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel)*, núm. 7, 2004.

⁶⁸ BALLESTER PASTOR, I.: «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 108; BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARTLER CARRASCO, M.ºA.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pág. 93 o AA.VV.: *Memento Social 2003*, Madrid (Francis Lefebvre), 2003, pág. 108. En la doctrina judicial, STS 15 marzo 1996 (Ar. 2437).

dad sin sentido»⁶⁹; eso sí, aun cuando no haya lugar a un encuadramiento múltiple, puede decidirse de alta por aquella ocupación que más le interese. En cambio, de haber seleccionado la protección mutualista, la realización de una función distinta a la propia de su profesión le forzará a instar su encuadramiento en el RETA.

En fin, una tercera consecuencia en caso de pluriactividad hace referencia a la posibilidad de suscribir un convenio especial con las instituciones de Seguridad Social. Si el abogado deja de prestar una segunda actividad distinta a la de profesional libre y ha decidido encuadrarse en el RETA no podrá rubricar dicho pacto pues al quedar comprendido en un régimen con cómputo recíproco de cotizaciones lo prohíbe expresamente el artículo 2 Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre. En cambio, de incorporarse a la mutualidad nada le impide suscribir, si le interesa, el correspondiente convenio especial a fin de cubrir sus riesgos⁷⁰.

- 5.º Claramente conectado con el supuesto anterior, cuando el profesional liberal decida incorporarse a la mutualidad y desarrolle otra actividad por la cual haya de quedar encuadrado en un régimen público, incluido conforme consta el RETA, podrá disfrutar de las prestaciones garantizadas por ambos, sin que las concedidas por la entidad de previsión social conlleven limitación cuantitativa alguna⁷¹, ni su operatividad «signifique una eventual reducción o ineficacia de las prestaciones mínimas establecidas con carácter obligatorio»⁷².

Al contrario que en el supuesto descrito anteriormente, si el abogado opta por integrarse en el RETA causando derecho a una prestación en dicho régimen y además tiene reconocida otra pensión por otro sistema, dichos auxilios serán concurrentes, siendo de aplicación las previsiones establecidas para cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado y sus normas de desarrollo sobre límites máximos y revalorización de pensiones⁷³.

⁶⁹ STSJ Aragón 2 mayo 2000 (Ar. 1322). De esta manera, el desempeño de dos actividades incluidas en el RETA «no autoriza el alta por ambas en el mismo régimen, dado que el alta y la cotización será única por una de las actividades que elija el propio interesado, pues de lo contrario podrían generarse dos series de prestaciones sociales de naturaleza protectora, siendo distinto el supuesto de pluriactividad que da lugar a su inclusión en alguno de los restantes regímenes, en cuyo caso habrán de tenerse en cuenta todas las cotizaciones realizadas a los distintos regímenes para determinar la base reguladora de la pensión única con el límite fijado en la correspondiente LP», STSJ, Cont.-Adm., Castilla y León/Valladolid 18 diciembre 2001 (Jur. 84493/2002).

⁷⁰ PANIZO ROBLES, J.A.: «De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados...», cit., pág. 142.

⁷¹ DE ANGULO RODRÍGUEZ, L.: «Nueva perspectiva de las mutualidades de previsión social», cit., pág. 28. En los Tribunales, STS 6 marzo 1995 (Ar. 1748); STSJ, Cont.-Adm., Extremadura 29 julio 2002 (Ar. 1447) y SSTSJ Madrid 16 febrero y 10 junio 1997 (Ar. 523 y 2368).

⁷² STS 30 septiembre 1991 (Ar. 6484).

⁷³ «Se consagran así situaciones de privilegio pues las prestaciones dispensadas por dichas Mutualidades no tienen la consideración de pensiones públicas lo que tiene trascendencia fundamental en la aplicación del tope máximo de pensiones públicas pues quien por dicha actividad sí está obligatoriamente integrado en el RETA y dedica parte de sus ingresos al abono de las cuotas del Régimen de Autónomos y, además, realiza actividad por cuenta ajena determinante de su inclusión en el Régimen General se encontrará con la aplicación del tope máximo de pensión pública, tope que no afectará a quien por dicha actividad por cuenta propia figura integrado en la Mutualidad del correspondiente Colegio Profesional», VICENTE PALACIO, A.: «La realización de actividad profesional como elemento determinante para la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social. Algunas consideraciones desde la perspectiva de la contributividad», *RTSS (CEF)*, núms. 257-258, 2004, pág. 64.

6.º Si el colegiado opta por encuadrarse en el RETA y accede a una pensión de jubilación en su modalidad contributiva por el ejercicio de otra actividad, no podrá compatibilizar el disfrute de dicho auxilio con el desempeño de la profesión liberal, en tanto permanece incluido en el campo de aplicación de uno de los regímenes obligatorios previstos en el ordenamiento español y tal coexistencia queda expresamente prohibida (arts. 165.1 LGSS y 93.1 OM 24 de septiembre de 1970) ⁷⁴.

En cambio, de optar por la mutualidad sí podrá percibir dicha pensión de jubilación y continuar practicando el ejercicio de la abogacía por cuenta propia ⁷⁵, en tanto no cabe hablar de inclusión en uno de los regímenes establecidos por la norma ⁷⁶.

En definitiva, ambas soluciones, una vez más, implican ofrecer un trato diferente a quienes se decanten por una u otra de las opciones y puede suponer una desigualdad con quienes hayan optado por afiliarse al RETA, quienes no podrán compatibilizar el percibo de la pensión y la continuidad de su actividad profesional ⁷⁷.

De todas las situaciones analizadas cabe alcanzar una conclusión meridiana: las consecuencias en materia de protección social derivadas para dos abogados en idéntica situación que ejercitan su derecho de elección encuadrándose uno en el RETA y otro integrándose en la Mutualidad son totalmente diferentes, debiendo ponderar con suma cautela los *pros* y *contras* de cada una de las opciones a la hora de seleccionar una de ellas.

A modo de epílogo, cabe colegir cómo la actuación de las mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales como entidades alternativas al RETA no conlleva un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad, cuyo régimen seguirá regulado por el TRLOSSP y sus normas complementarias, ni la convertirá en entidad sustitutoria del régimen público, sin posibilidad de serle aplicada conforme a la normativa actual ninguno de los rasgos propios de este último; es más, de los fundamentos de la sentencia estudiada cabe desprender que el encuadramiento simultáneo de un profesional en el modelo obligatorio y en la mutualidad convertirá *ipso facto* a esta última en institución complementaria, perdiendo su carácter de alternativa desde el mismo momento en que el autónomo aparezca integrado en el primero de ellos. En consecuencia, cabe hacer referencia a una sola institución de carácter bicéfalo, aun cuando en su doble función haya de primar su naturaleza suplementaria.

⁷⁴ Los abogados ejercientes pueden «optar entre darse de alta en dicha Mutualidad o en el RETA, señalando que si el demandado se hubiera afiliado a éste, no hubiera tenido derecho a jubilarse por seguir desempeñando un trabajo remunerado», STSJ Madrid 25 abril 2000 (Ar. 2219).

⁷⁵ Esta posibilidad «constituye una "vía de escape" para quebrar el principio de incompatibilidad trabajo-pensión de jubilación, pues quienes se encuentran adscritos a colegios profesionales que han decidido colectivamente no incorporarse al RETA podrán, llegado el caso, percibir una pensión del sistema público de Seguridad Social y seguir realizando su actividad profesional», VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos», *RL*, núm. 17, 1995, pág. 6.

⁷⁶ «No siendo la pensión de jubilación que percibe de la Mutualidad del Colegio de Abogados una prestación de jubilación en sentido estricto, al ser compatible con el ejercicio profesional o con el desempeño de cualquier actividad remunerada», STSJ Madrid 25 abril 2000 (Ar. 2219).

⁷⁷ BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: «Concurrencia de pensiones. Compatibilidad e incompatibilidades», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I., Dirs.): *Comentario sistemático a la Legislación reguladora de las pensiones*, Granada (Comares), 2004, pág. 161.