



LA CONVERGENCIA ENTRE RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL

JUAN LÓPEZ GANDÍA

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

EXTRACTO

La problemática de la tendencia hacia la homogeneización y la convergencia de régimen general y regímenes especiales ha adquirido centralidad en los debates de la Seguridad Social de esta última década en España al haber sido incluida, de manera persistente y recurrente, en la continua «reforma pactada de Seguridad Social» de los años noventa dentro del objetivo de reforzar la reforma del modelo contributivo de Seguridad Social. Pese a ello, también es importante por exigencias constitucionales y para evitar privilegios o injusticias y agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social y hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos profesionales. De otra parte, la convergencia de regímenes es una cuestión que tiene repercusión en una mejora de la gestión, en una simplificación legislativa y puede tener importantes consecuencias en el mercado de trabajo.

El presente estudio relativiza la trascendencia de la convergencia de los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena en el Régimen general en caso de mineros y trabajadores del mar y subraya, en cambio, la importancia, pero también los retos y dificultades para la misma, en caso de agrarios y empleados de hogar y, desde luego, dadas las líneas de tendencia hacia sistemas mixtos, en el caso de los funcionarios públicos de los regímenes periféricos. También se ponen de manifiesto las dificultades, especialmente económicas y de costes, de la integración en el RETA de los demás trabajadores por cuenta propia y las perspectivas que pueden señalarse en relación con los profesionales liberales colegiados y su peculiar régimen de encuadramiento. Se abordan de paso los principales problemas estructurales del RETA, sus diferencias con el Régimen general y las limitaciones existentes para una mayor homogeneidad y convergencia de protección con los trabajadores por cuenta ajena.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONVERGENCIA DE RÉGIMENES EN EL MARCO JURÍDICO ACTUAL
 - 2.1. El ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social y los criterios profesionales. La estructura por regímenes y su evolución
 - 2.2. La convergencia de regímenes en el marco constitucional
 - 2.3. La convergencia de regímenes como cuestión programática
3. PUNTOS NEURÁLGICOS Y DIFICULTADES APLICATIVAS EN LA CONVERGENCIA DE RÉGIMENES
 - 3.1. Entre regímenes de trabajadores por cuenta ajena
 - 3.2. Entre regímenes de trabajadores por cuenta propia
 - 3.3. Las reformas dentro del propio RETA y la convergencia con el Régimen General
 - 3.4. La problemática especial de la convergencia de los regímenes especiales de funcionarios públicos

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de la tendencia hacia la homogeneización y la convergencia de régimen general y regímenes especiales es una cuestión que ha adquirido centralidad en los debates de la Seguridad Social de esta última década en España, no así en otros sistemas de corte similar al nuestro, de tipo profesional y estructurados en regímenes, como el francés, alemán, o italiano, y mucho menos en los de tipo atlántico, basados en la idea de un seguro único.

Cabe por tanto en este momento interrogarse sobre las razones para dar tanta importancia a esta cuestión, hasta el punto de que es una de las incluidas, como luego se verá, de manera persistente y recurrente de la continua «reforma pactada de Seguridad Social» de los años noventa, esto es, en los pactos y acuerdos sociales desde el pacto de Toledo, e incluso de su renovación en 2003.

No es que con anterioridad no se hubiera suscitado la cuestión; al contrario, tras la Constitución y en el proceso de modernización y racionalización del sistema contributivo histórico heredado, numerosos estudios doctrinales y Libros encargados por el Ministerio de Trabajo de todos los colores propugnaban un cambio de tendencia en relación con la política de inclusión en el sistema de Seguridad Social que se siguió de manera incoherente tras la LBSS en relación con los seguros sociales. Diversas fragmentaciones persistieron ya en aquel momento lejano dentro del principio de tendencia a la unidad y de consideración conjunta de las contingencias protegidas proclamado por la Ley de bases de 1963. En primer lugar, para facilitar la gestión y la movilidad laboral y profesional, era necesario en aquel momento abordar la propia fragmentación interna del Régimen general, entre Seguros sociales y niveles complementarios (Mutualismo laboral), entre contingencias comunes y contingencias profesionales, pero no se abordó la tendencia expansiva del sistema en su conjunto que se había ido produciendo mediante la creación de regímenes especiales. La fragmentación interna por riesgos fue, por otra parte, solo objeto de reforma pero sin alcanzar la unificación entre riesgos comunes y profesionales. Esta asignatura pendiente, por otra parte, no ha vuelto a aparecer en documentos, debates o planteamientos reformadores desde las leyes de Seguridad Social de los años sesenta y setenta. Solo se

suscita por algún sector de la doctrina¹ la depuración del concepto de accidente de trabajo o la supresión de los recargos por omisión de medidas de seguridad y prevención de riesgos laborales (Informe DURAN). El tratamiento privilegiado de los riesgos profesionales parece difícil de cuestionar en algunos aspectos (alta de pleno derecho, no exigencia de cotización, automaticidad, responsabilidad empresarial), aunque en otros supondría desde luego una mayor racionalización de la gestión y del cálculo de las prestaciones (la cuestión de la determinación de las bases reguladoras por el papel de las horas extraordinarias, etc.).

El replanteamiento y la revisión del modelo de Seguridad Social heredado del franquismo solo afectará por tanto dentro de una primera fase de racionalización y simplificación a la estructura por regímenes, al número de regímenes existentes, lo que confluye en la reforma de la ley 26/1985 y normas de desarrollo.

Sin embargo, el tema es objeto de una continuación, de un relanzamiento en una segunda fase a partir del pacto de Toledo, y se convierte quizás de manera exagerada, como se verá a lo largo del presente trabajo, en una pieza clave de la reforma que mediante una serie de medidas pretende abordar los problemas de viabilidad de la Seguridad Social ante los retos del futuro. No es que la cuestión de la convergencia de regímenes sea una cuestión menor puesto que la Seguridad Social es algo vivo y compete al legislador ir mejorando su funcionamiento como una maquinaria, ir ensamblando mejor sus piezas, sus prestaciones, etc. Sin embargo, su inserción en el Pacto de Toledo ha tenido como objetivo, junto con otras medidas, reforzar la idea de la necesidad de una reforma permanente del modelo contributivo de Seguridad Social (separación de fuentes, reforzamiento de la contributividad, en especial en la relación entre lo cotizado y el cálculo de las pensiones, en especial la de jubilación, etc.). Es decir, se trata de un eslabón más en la tendencia seguida en una dirección determinada por las reformas de la Seguridad Social tras el Pacto de Toledo más que una grave cuestión por sí misma que tuviera importantes consecuencias para la Seguridad Social, pese a las afirmaciones que encontramos en ocasiones en la jurisprudencia a la hora de juzgar o valorar diferencias de tratamiento entre regímenes y sus pretendidos efectos económicos y financieros sobre el sistema.

Es decir, podemos ya avanzar en este punto que la temática de la racionalización de la estructura del sistema, de la convergencia de regímenes, va siempre ligada a reformas de más calado en el sistema contributivo y esta ahí mas bien para reforzar y justificar el discurso «racionalizador» de las reformas con todas sus ambivalencias, más que a ser una problemática que se aborde por sí misma, o que en sí misma tenga un efectos importantes y trascendentales sobre la viabilidad futura del sistema de Seguridad Social. Al menos tal como se ha concebido históricamente, pues suele dejar fuera colectivos importantes para el régimen económico y financiero de la Seguridad, como los regímenes externos de funcionarios con una contributividad y un régimen presupuestario algo opaco, sin que entre dentro de la problemática global de las fuentes de financiación ni de las reformas del modelo contributivo de Seguridad Social² y la situación de los profesionales liberales colegiados.

¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.; «Una reflexión crítica sobre el accidente «in itinere» AS núm. 5/1999 y «Virtualidad de la Ley de accidentes de trabajo de 1900», AS núm. 18/2000.

² Vide LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones» RDS núm. 25/2004, págs. 31-64.

El planteamiento de la convergencia de regímenes por tanto, aun siendo necesario, no es una cuestión fundamental para abordar los problemas coyunturales o demográficos del sistema de Seguridad Social. Si acaso es importante por exigencias constitucionales, para el complejo juego del principio de igualdad y de equidad en esta materia y para evitar privilegios o injusticias, agravios comparativos en la estructura actual del modelo profesional de Seguridad Social. Pero también para hacer más transparente el esfuerzo solidario de los distintos colectivos en que se basan los sistemas aun contributivos de Seguridad Social y aun del resto de los ciudadanos en la medida en que la participación financiera del Estado ha adquirido gran importancia, pese a la separación de las fuentes de financiación, a través de los complementos por mínimos, de la propia estructura de las cotizaciones, de la aportación mayor o menor de los empresarios y trabajadores, de la integración privilegiada de colectivos, de los fenómenos de «compra de prestaciones». Por ello no puede ya limitarse a los colectivos integrados en la Seguridad Social histórica, sino que debe comprender también a los regímenes especiales externos y a los sistemas de previsión social sustitutorios como el de los profesionales liberales colegiados. Es mucho más importante abordar el papel de estos dos colectivos que el de los residuales y sin apenas significación numérica, por poner un ejemplo, de los trabajadores de la minería del carbón y de los trabajadores del mar.

De otra parte, la convergencia de regímenes es una cuestión que tiene repercusión en una mejora de la gestión y en una simplificación legislativa necesaria en un sistema tan disperso y complejo como el de la Seguridad Social. Pero también son importantes sus consecuencias en el mercado de trabajo. Este aspecto, que en los años del desarrollismo, en los orígenes del sistema actual de Seguridad Social tras la etapa de los seguros sociales, mereció cierta reflexión, permaneció ignorado en las reformas de los años ochenta e incluso en el Pacto de Toledo y se ha retomado recientemente. De un lado, por los efectos que determinadas prestaciones pueden tener sobre la realización de actividades laborales en el mismo o la movilidad laboral fuera del régimen (eventuales agrarios) y, de otro, a partir del análisis de hasta que punto la existencia de ciertos regímenes especiales como los de trabajadores autónomos incentivan la huida del derecho del trabajo y la aparición de falsos autónomos o de figuras fronterizas difíciles de caracterizar como los trabajadores parasubordinados o los llamados autónomos dependientes, que explican el crecimiento del colectivo de autónomos afiliados a la Seguridad Social en estos últimos diez años. Se añade así una visión nueva a la tradicional de la racionalización de la estructura y la necesidad o no de convergencia de los regímenes de la Seguridad Social. Y que para algunos, como se verá, llevaría a la propia desaparición del RETA y a su integración en el Régimen General.

La problemática de la convergencia de regímenes, por ello, no es unidireccional. Se plantea de un lado la mejora de la estructura dentro de los propios regímenes especiales dentro de la línea abierta por la ley 26/1985, como una segunda fase, esto es, de una reducción de los todavía existentes y de integración en otros. Y de otro, hacia fuera, esto es, la convergencia y aproximación de los regímenes especiales con el Régimen general.

De otra parte, el concepto de convergencia no es equivalente al de la homogeneización. Un cuestión es la simplificación e integración de regímenes que llevaría a una cierta homogeneización y otra que el o los Regímenes especiales que subsistieran converjan con el Régimen general, pues en tal caso no se trataría de una homogeneización de regulacio-

nes sino de una aproximación de regímenes, de regulaciones en aspectos en que cabe dar un tratamiento común.

De todos estos aspectos nos vamos a ocupar, por tanto, en el presente trabajo.

2. LA CONVERGENCIA DE REGÍMENES EN EL MARCO JURÍDICO ACTUAL

2.1. El ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social y los criterios profesionales. La estructura por regímenes y su evolución

El art. 7 de la LGSS incluye dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social a todos los españoles cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, que residan y ejerzan su actividad en territorio nacional, sean trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun discontinuos, trabajadores a domicilio y con independencia de la categoría profesional del trabajador y de la forma y cuantía de la remuneración, y de la naturaleza común o especial de su relación laboral, bien trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años y que reúnan los requisitos que reglamentariamente se determinen, pero también socios trabajadores de Cooperativas de trabajo asociado, estudiantes y funcionarios públicos civiles y militares.

Pero, además, la tendencia a ir más allá de la figura del trabajador por cuenta ajena como centro neurálgico del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social ha dado lugar a la creación de regímenes especiales para sectores de actividad específicos, o para figuras ajenas al campo laboral (autónomos, funcionarios, etc.) que han acentuado la tendencia expansiva de la Seguridad Social, pero bajo la forma de una excesiva fragmentación, resultado de un proceso histórico aluvional.

Los arts. 7, 9, 10 y 11 de la LGSS delimitan en este sentido el campo de aplicación de los sujetos incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social distinguiendo régimen general, regímenes especiales y sistemas especiales. Así pues, el sistema español de Seguridad Social es dualista y está fragmentado (art. 9 de la LGSS) entre Régimen general, integrado por trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios, regulado por el Título II de la LGSS, y Regímenes especiales establecidos para «aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos» se haga precisa una regulación especial (art. 10 de la LGSS).

La especialidad de los regímenes especiales radica en la existencia de una regulación propia y distinta para colectivos específicos en la acción protectora, en las prestaciones, en su organización y financiación separada. El criterio que preside la composición de los colectivos que los integran y la insolidaridad con que se organizan se traduce a veces en privilegios y otras veces en infraprotección.

Para delimitar finalmente la LGSS en su art. 11 habla de sistemas especiales. Se trata de peculiaridades que se establecen respecto a algunos regímenes y que no afectan a aspectos sustantivos o de contenido básico del régimen jurídico, sino a aspectos meramente formales como actos de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. De

momento solo hay sistemas especiales en el régimen general, aunque el Acuerdo de 2001 ha abierto al vía a su existencia también en los regímenes especiales.

La creación de regímenes especiales ha sido una de las vías utilizadas para la expansión de la Seguridad Social desde antes de la Ley de Bases de 1963. Por ello, esta ley se planteó ya como uno de los principales objetivos a conseguir la tendencia a la unidad, esto es, controlar el crecimiento desordenado de regímenes especiales, que se traducían en una excesiva fragmentación, a través de una serie de mecanismos establecidos por el art. 10 de la LGSS, como el hecho de listar una serie de regímenes especiales y exigir respecto de algunos de ellos una ley formal para su regulación (agrario, trabajadores del mar), establecer como directriz de la regulación de estos regímenes la homogeneidad con el régimen general, prever mecanismos de integración en el régimen general o en otros regímenes especiales de algunos de los regímenes especiales listados en el propio art. 10.

Sin embargo, la realidad fue muy distinta ya que no sólo no se utilizaron estos mecanismos para poner coto a la fragmentación existente, sino que al dejar el propio art. 10 abierta la posibilidad de crear nuevos regímenes especiales para otros grupos por vía simplemente reglamentaria, esta fue la vía utilizada para la expansión de la Seguridad Social a nuevos colectivos en los años setenta.

De otro lado, pese a que el art. 10 de la LGSS contempla dentro del sistema de la Seguridad Social a los funcionarios públicos civiles y militares, su régimen jurídico de Seguridad Social se regula por normas propias, pese a que deben ser de aplicación algunos artículos de la propia LGSS de 1994 en virtud de la dispos. ad. 8.ª del mismo. Constituyen todavía regímenes especiales periféricos, exteriores al sistema de la Seguridad Social y regulados por normas propias, con lo que el colectivo de funcionarios se encuentra segmentado entre el Régimen general, en el que se incluyeron los funcionarios de muchos organismos autónomos y posteriormente por integración los de la Administración local y autonómica.

La estructura y composición del sistema de la Seguridad Social se completaba, además, históricamente con Mutualidades sustitutorias o no integradas que gestionaban por su cuenta y según normas propias prestaciones de personal que debía estar integrado dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social. Se trataba de sistemas de Seguridad Social externos a integrar ya desde la LSS de 1974 (dispos. trans. 6, 7 y 8 y que repiten los arts. 8 y la dispos. trans. 8.ª de la LGSS de 1994). El proceso de integración de las Mutualidades sustitutorias o no integradas se ha acentuado a través de los RD 1879/1978 de 23 de junio, RD 232/1980 de 1 de febrero, RD 1220/1984 de 20 de junio para la Mutualidad de la Previsión³ y RD 2248/1985 de 20 de noviembre⁴. La integración se refiere a la parte sustitutoria sin afectar a las prestaciones complementarias que siguen rigiéndose por su normativa propia, sin que se haga cargo de las mismas el INSS⁵.

Como Mutualidades sustitutorias al margen del sistema hay que destacar las de los profesionales liberales colegiados, cuya integración en el RETA no se ha producido tras la ley 30/1995 de Ordenación del Seguro privado, aunque cabe ya la opción en ciertas condi-

³ Tras la dispos. ad. 5.ª de la ley 44/1983, de 28 de diciembre y STC 65/1987 de 21 de mayo.

⁴ Así, la Orden de 25 de marzo de 1991 para el personal de la ONCE, la de 30 de diciembre de 1991 para la Institución Telefónica de Previsión y la Orden de 21 de febrero de 1996 por la Mutualidad de empleados de Notarías sobre cuya legalidad se ha pronunciado la STS de 5 de julio de 1999.

⁵ STS de 2 de octubre de 1996 sobre la ONCE.

ciones y con ciertos requisitos del profesional individualmente considerado entre la propia Mutuality y el RETA, o la acumulación de ambos, operando entonces la Mutuality como complementaria.

De ahí que en los años ochenta la ley 26/1985 encomendara al Gobierno la integración en el régimen general o en otros especiales de los regímenes especiales no previstos en el art. 10 de la LGSS, y que se habían creado mediante normas reglamentarias, y también algunos de los que sí aparecían listados como el de representantes de comercio. Pero no se abordó la integración de los trabajadores de sectores encuadrados en los regímenes que llamaremos «históricos» (minería del carbón, agrarios, trabajadores del mar, empleados de hogar, los sistemas de clase pasivas y mutualismo administrativo de los funcionarios).

Por esta razón los regímenes creados por Decreto, salvo el de Minería del Carbón que se mantuvo (y el de Escritores de libros que se integró en el de autónomos) se suprimieron e integraron en el Régimen general, de acuerdo con el RD 2621/1986 (y Orden de 20 de julio y 30 de noviembre de 1987), que fijaron, además, las formas y condiciones de la respectiva integración. Por otra parte, el RD 2622/1986 de la misma fecha extendió la prestación de desempleo a los colectivos integrados en el régimen general (jugadores profesionales de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros). Se inicia también tras la ley 26/1985 un tímido proceso de integración de funcionarios en el régimen general que ha comenzado con los funcionarios de la Administración Local, y los de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, además de los principios ya señalados, la LGSS establece la aplicación de una serie de artículos del propio Texto a los regímenes especiales (disposición adicional 8.^a). Y lo mismo hacen las leyes posteriores y sus reglamentos de desarrollo. Y esta ha sido la vía utilizada, la continua modificación de la citada disposición adicional 8.^a, a partir de los Acuerdos de 1996 y 2001 para una cierta extensión de numerosas reformas en materia de prestaciones en los años noventa, a los regímenes especiales (Maternidad y riesgo durante el embarazo, Jubilación, Muerte y Supervivencia, prestaciones familiares, etc.)⁶.

El Pacto de Toledo de 1995 (Recomendación 6.^a) y los acuerdos de pensiones de 1996 y 2001, y en su renovación de 2003 se ha planteado continuamente como objetivo de política de Seguridad Social de futuro reducir los regímenes especiales a los dos más importantes: trabajadores por cuenta ajena, en el que se integrarían los actuales trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, a veces mencionándose algunos colectivos que mantendrían ciertas especialidades, como los trabajadores del mar y los eventuales agrarios, y trabajadores autónomos, en el que se integrarían los demás trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales. La Recomendación cuarta del Pacto, por otra parte, recomendaba la adecuación de las cotizaciones de los regímenes de autónomos y trabajadores por cuenta propia agrarios y del mar, y empleados de hogar a las del Régimen general.

Este proceso de convergencia se está produciendo más a través de la extensión y equiparación en algunas prestaciones del Régimen general, como ha sido la tendencia más co-

⁶ Puede verse este proceso y un análisis detallado y preciso en CABEZA PEREIRO, J. «Convergencia entre regímenes» *TL* núm. 66/2002, pág. 46 y ss.

mún en las sucesivas reformas de la Seguridad Social de los años ochenta y noventa, tal como se acaba de señalar, que por la vía de la efectiva integración de los citados regímenes. Se trata de un proceso lento y cauteloso, al margen de los objetivos largo plazo del Pacto de Toledo, que parece más realista y posibilista, sin las prisas y urgencias que a veces se alegan para una reforma estructural profunda de la Seguridad Social⁷, dada las consecuencias no solo técnico-jurídicas sino sociales y económicas que el proceso ocasionará sobre los sectores afectados⁸.

2.2. La convergencia de regímenes en el marco constitucional

Ya se ha señalado como la estructura dualista y fragmentaria se habría ido generando por el devenir histórico de la Seguridad Social y por la forma de traducir institucionalmente, de manera técnico-jurídica su tendencia expansiva, por lo que la Constitución se encuentra con una regulación ya elaborada que en principio el art. 41 de la Constitución no viene a desautorizar.

No obstante, hay que recordar que, pese a la eficacia programática del citado precepto se ha planteado en muchas ocasiones si tal estructura dualista y fragmentada con desiguales regulaciones y regímenes sería conforme con el art. 14 de la Constitución. Cabe señalar, si bien de manera somera⁹, cómo según la jurisprudencia del Tribunal constitucional no vulnera el principio de igualdad la existencia de régimen general, regímenes especiales y su desigual tratamiento, en razón de las peculiaridades laborales, socioeconómicas, históricas, productivas o de otra índole. Aunque la legislación tienda hacia la homogeneidad y la equiparación sea algo deseable no sería algo exigible de manera mecánica siempre que el distinto régimen jurídico esté justificado¹⁰. Si bien hay una presunción de legitimidad de la actividad del legislador al regular regímenes especiales, nada impide analizar los tratamientos diferentes entre los regímenes para verificar si son objetivos y razonables, en su consideración global, y teniendo en cuenta sus características especiales¹¹. No es suficiente, por tanto, con la mera regulación normativa diferente para justificar sin más la di-

⁷ Así, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., «La necesaria reforma estructural de la Seguridad Social» *TS* núm. 115-116/2000, pág. 12 y ss.

⁸ Consideraciones que se encuentran en CABEZA PEREIRO, J. *op. cit.* pág. 63

⁹ Un estudio mucho más amplio puede verse en ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social» en AAVV, *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, ed. Tecnos, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto» (A propósito de algunas sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social) en AAVV, *Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)*, Sevilla, 1999, ed. Mergablum, BLÁZQUEZ AGUADO, E.V., «Igualdad de trato y Regímenes especiales en la jurisprudencia constitucional» *TL* núm. 68/2003, PUMAR BELTRÁN, N., *Igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Pamplona, ed. Aranzadi, 2001 y CERVILLA GARZÓN, *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de Seguridad Social*, Sevilla, 2005, ed. CARL, pág. 39 y ss.

¹⁰ Autos TC 241/1989, 341/1989, SSTC 377/1993 de 20 de diciembre, 291/1994 de 27 de octubre, 38/1995 de 13 de febrero, STC 103/1984 de 12 de noviembre, 27/1988 de 23 de febrero, 268/1993 de 20 de septiembre.

¹¹ SSTC 39/1992 de 30 de marzo, 184/1993 de 31 de mayo y 268/1993 de 20 de septiembre.

ferencia de tratamiento¹². No se vendría a otorgar, por tanto, al legislador una especie de patente de corso. Además, el contraste entre regímenes especiales, si se trata de cuestiones con una regulación homogénea, se puede utilizar para plantear recursos de casación de unificación de doctrina¹³.

En este sentido se admite una regulación diferente entre regímenes para una misma contingencia, si está justificada¹⁴ y de acuerdo con los principios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad. O diferentes formas de protección o de valoración de las Incapacidades¹⁵. Lo que no ha impedido en este punto, como se verá, que el propio legislador llevara a cabo posteriormente un juicio o valoración diferente del tratamiento desigual seguido hasta entonces suprimiendo requisitos injustificados para acceder a las mismas (la edad de 45 años en el RETA) y extendiendo algunos grados de Incapacidad permanente, como la incapacidad permanente calificada a los trabajadores por cuenta propia y autónomos.

Pese a todo lo que se acaba de afirmar del análisis de la jurisprudencia constitucional queda patente la débil proyección de control del art.14 sobre el artículo 41 de la Constitución, pues no siempre sea convincente la razonabilidad de la diferencia de regulación o bien el TC no argumenta lo suficiente. El Tribunal acaba alegando en numerosas ocasiones razones de recursos económicos, desequilibrio financiero, la libertad de regulación y configuración por el legislador ordinario, la lógica de la contributividad y la imposibilidad de examinar la constitucionalidad de factores formales aisladamente considerados. Lo que acaba devolviendo la cuestión al terreno del legislador ordinario.

Y en este sentido cabe abrir también una reflexión sobre si después de la Constitución cabe seguir distinguiendo, como se hacía en la normativa de Seguridad Social preconstitucional y se ha refundido en la vigente LGSS, entre regímenes especiales de creación «legal», de otros que se podían establecer por simples Reglamentos. Se ha afirmado por algún sector de la doctrina¹⁶ que como el principio de convergencia y homogeneidad no sólo estaría contemplado por el Pacto de Toledo, sino también por el propio art. 10. apartado 3 de la LGSS, este precepto vendría a limitar el poder legislativo en la medida en que se predicaría tal principio de la regulación de los regímenes que han de regularse por ley, mientras que los que se regulen por normas reglamentarias estarían más liberados de tal exigencia, que estaría condicionada por las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados (número 4 del art.10 de la LGSS). Creo que no hay que dar excesivo relieve a tales previsiones de la LGSS, de un lado porque la

¹² Tras la STC 39/1992 de 30 de marzo. Véase VALDÉS DAL-RE, F., «Estructura del Sistema de seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos» *RL* núm. 7/1995 pág. 36.

¹³ SSTs 4 de marzo y 14 de abril de 1992.

¹⁴ SSTC 268/1993 de 20 de septiembre y 377/1993 de 20 de diciembre en cuanto al viejo tratamiento antes del RD2319/1993 en el accidente común entre el general y empleados de hogar o en STC 38/1995 de 13 de febrero en otros regímenes.

¹⁵ La STC 184/1993 sobre la exigencia de la edad de 45 años para el reconocimiento de Incapacidad permanente en el RETA, SSTC 53/1996 de 26 de marzo, 232/1991 de 10 de diciembre, STS de 19 de diciembre de 1983 en interés de ley y 291/1994 de 27 de octubre, éstas últimas sobre el no reconocimiento de algún grado como el de calificada en trabajadores por cuenta propia.

¹⁶ Si lo hace, probablemente por su planteamiento exhaustivo, CERVILLA GARZÓN, M.J., *op. cit.*, pág. 55 y ss.

propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando aborda la aplicación del art.14 de la Constitución a las diferencias de tratamiento entre regímenes o entre estos y el General no distingue entre cuál sea su forma de regulación, por ley o mediante reglamento, y en su mayor o menor sometimiento al principio de homogeneización. Y de otro lado porque probablemente tras la Constitución haya que aplicar idéntica reserva de ley a unos regímenes y a otros, obviando así, cara a una futura integración, el que según la LGSS unos sean de configuración legal y otros se regulen por Decreto, pues no se acaba de justificar esta diferencia reguladora, si es que históricamente encontraba alguna fundamentación. Finalmente, la aplicación del principio de homogeneidad contemplado en el art. 10 de la LGSS además de ser una mera orientación programática por sí misma difícilmente aplicable, que por otro lado no impidió la excesiva proliferación de regímenes especiales, no deja de ser irrelevante cara a regulaciones futuras de carácter legislativo, cuyo verdadero límite se encuentra en el art. 14 de la Constitución, con todas las limitaciones y dificultades aplicativas que se quieran, puestas de manifiesto por la jurisprudencia mencionada del Tribunal Constitucional.

2.3. La convergencia de regímenes como cuestión programática

Cuando se aborda la problemática de la integración o convergencia de regímenes hay que tener en cuenta, como ya se ha señalado, de un lado que el proceso de convergencia y homogeneización se ha llevado a cabo más por la vía de las modificaciones de la regulación de los propios regímenes especiales, especialmente en el RETA y en el REA, cuyo alcance veremos mas abajo, que por la integración de regímenes. Así manteniéndose la estructura actual se han ido suprimiendo diferencias de tratamiento que resultaban injustificadas, pese a que como tales no se vieron así en su momento por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, de otro, las normas de Seguridad Social han seguido la vía de al dictar normas para el Régimen general en algunas prestaciones, hacerlas extensibles a los regímenes especiales en mayor o menor medida (Maternidad y riesgo durante el embarazo, Jubilación, etc.) en función precisamente de las peculiaridades de los sectores productivos, en especial del trabajo autónomo, como por otro lado había sido ya la tendencia en los años ochenta y no tanto por la vía de la integración de regímenes, que queda más bien como formulación programática.

En efecto, ya desde el Pacto de Toledo la convergencia de regímenes, esto es, la «simplificación e integración de regímenes» es casi una fórmula de estilo que se repite, como ya se señaló, en todos los Acuerdos de los años noventa y en el de 2001. Pero el propio Pacto mostraba ciertas dudas sobre la propia efectividad de este proceso de integración y sus límites, al matizar que la simplificación e integración, y, por tanto, reducción de regímenes, debía tener en cuenta las «peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo». Es cierto que estos matices desaparecen en los Acuerdos sindicales posteriores de 1996 y 2001, pero en la propia renovación del Pacto de 2003 se insiste en que respecto de los trabajadores incluidos en el REA y en el REM «se mantengan las especialidades que procedan». Todo ello hace dudar del verdadero objetivo del Pacto en esta materia y de su alcance real en cuanto a integración de

regímenes, sobre todo si se interpreta en el sentido de que el mantenimiento de tales peculiaridades supondría el mantenimiento como tal de los citados regímenes especiales¹⁷ o incluso el mantenimiento de sus peculiaridades sustantivas tras la integración, más allá del concepto de sistema especial. ¿Qué sentido tienen entonces la integración, si se acaba condicionando al mantenimiento de tales peculiaridades, que son las que han justificado históricamente su propia creación?

Y es que a veces se plantea la integración de regímenes especiales en el RETA como Régimen o casa común de todos los trabajadores por cuenta propia, y a la vez la conservación de peculiaridades o especialidades, lo que no deja de ser algo paradójico, pues, de darse tales especialidades que justifiquen un tratamiento desigual y diferenciado, no se ve entonces la razón de la integración y simplificación, que no es tal. Al contrario, el propio principio de igualdad exigiría la diferenciación, no la uniformidad. Esto se observa también en algunos documentos o informes recientes¹⁸ que, a la vez que formulan propuestas concretas de convergencia de regímenes, no pueden dejar de reconocer la necesidad de tener en cuenta ciertas especialidades propias y específicas de los sectores productivos afectados (mineros, trabajadores del mar, agrarios, etc.). De ahí que a veces dé la impresión de que la convergencia o simplificación de regímenes en dos, trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia, si a la vez se conservan peculiaridades o especialidades en aspectos fundamentales, que caracterizan a un régimen especial, constituya más una «fórmula mágica» o un lema publicitario, algo «ideal», sin contenido real o verdaderamente novedoso, que se formula como una medida más junto a las demás, que son las verdaderamente importantes de «racionalización del sistema de la seguridad Social» y su reforma permanente, casi interminable en aras a su «perfeccionamiento».

Más compleja resulta todavía la cuestión suscitada en ocasiones de que una vez se defiende la simplificación en esos dos grandes regímenes, la integración de los trabajadores por cuenta propia de otras actividades en las de la industria y los servicios, se propugne luego la introducción de diferencias dentro del propio RETA en razón de la heterogeneidad de los diversos colectivos incluidos en el mismo (autónomos verdaderos, autónomos dependientes con terceros, en ambos casos sin asalariados, pequeño empresario que trabaja personalmente)¹⁹ olvidando que en los orígenes de la creación del RETA en la época del Mutualismo fue precisamente esta diversidad la que llevó a la regulación de un mínimo común denominador válido para las distintas realidades y que no resulta tan fácil traducir estas diferencias fácticas en un sistema de protección social.

Más allá incluso de la integración de regímenes hay que relativizar también otra de las ideas-fuerza que aparece con frecuencia formulada en los acuerdos entre sindicatos y gobierno en materia de Seguridad Social y en propuestas de diversos grupos parlamenta-

¹⁷ Sobre tal cuestión véase CERVILLA GARZÓN, M.J. *op. cit.*, pág. 63 y las interpretaciones doctrinales en la materia.

¹⁸ TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A., *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia de regímenes*, Madrid, 2003, Fundación Alternativas.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, I., «Reflexiones al hilo de la redefinición de la acción protectora del RETA en el tránsito hacia su asimilación con el Régimen General o acerca de cómo ha quedado la cobertura social de los autónomos tras las últimas reformas» *TS* núm. 159/2004, marzo. Pág. 12, y CERVILLA GARZÓN, M.J. *op. cit.*, pág. 60.

rios y que ha dado lugar a reformas legislativas, tras la ley 52/2003 y RDL 2/2003 y ley 36/2003, pues también adopta caracteres taumatúrgicos más propagandísticos que reales en materia de acción protectora: la progresiva asimilación del RETA al Régimen general, especialmente en materia de riesgos profesionales, como si no hubiera limitaciones derivadas de la propia naturaleza del riesgo profesional, y del propio trabajo autónomo, confundiendo medidas reparadoras con medidas preventivas que por otro lado no se adoptan más que de manera limitada²⁰ no para todos los autónomos.

Por todo ello creemos que más que detenerse en el «determinismo» de la integración de regímenes, resulta más conveniente repasar aquellos aspectos problemáticos para una homogeneidad entre los mismos y analizar las dificultades que encuentra, los intereses en juego que pueden incidir en la viabilidad o no del citado proceso, de considerarse conveniente y prioritario. Como se verá, el débil peso económico y la escasa importancia demográfica de algunos regímenes abonan la interpretación de que no hay razones verdaderamente relevantes para su integración (mineros, trabajadores del mar, por no hablar ya del inexistente régimen de estudiantes). Nos parece, en cambio, más relevante replantear la cuestión de los agrarios y sobre todo de los funcionarios públicos, junto a los problemas pendientes de reforma del propio RETA y de los profesionales colegiados, por su importancia económica, financiera y demográfica dentro de la evolución del sistema de la Seguridad Social y de los retos que tendrá que afrontar en el futuro. A ello dedicamos el siguiente apartado.

3. PUNTOS NEURÁLIGOS Y DIFICULTADES APLICATIVAS EN LA CONVERGENCIA DE REGÍMENES

3.1. Entre regímenes de trabajadores por cuenta ajena

En cuanto a la integración en el Régimen general de los regímenes especiales de Seguridad Social que ocupan trabajadores por cuenta ajena cabe hacer las siguientes consideraciones. En el caso de los trabajadores de la minería del carbón la integración no plantea demasiados problemas pues se trataría simplemente de modificar el actual sistema de cotización, o incluso mantenerlo como sistema especial, y en el tratamiento especial de la edad de jubilación, pasar a configurarlo como uno más de los sectores a que se refiere el art.161 de la LGSS. Y esto mismo cabe decir de los trabajadores por cuenta ajena del régimen especial del mar en cuanto a la forma de cotización (en caso de retribución a la parte, y de las reducciones de bases y tipos de cotización) y en cuanto a la edad de jubilación²¹. En relación con el tratamiento especial y diferenciado de la Incapacidad permanente y de la jubilación y el juego especial de la enfermedad profesional en la Minería del carbón se propugna por algún informe su supresión cara a futuros ingresos en el sector²². Pese a todo

²⁰ Véase mi trabajo «La “nueva” protección social de los trabajadores autónomos» *RDS* núm. 24/2003 págs. 23-55.

²¹ En esta misma línea FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *op. cit.*, pág. 30.

²² TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, págs. 45-46.

al tratarse de un sector en declive con una población asalariada que solo representaba en 2002 el 0'08 del total de afiliados a la Seguridad Social, tengo serias dudas de que valga la pena su integración en el Régimen general, y que tenga verdadera importancia práctica más allá de los aspectos relativos a la gestión, en especial cuando los trabajadores de la minería del carbón pasan a realizar actividades en otros sectores.

El segundo colectivo de regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena no plantearía problemas especiales de integración, cuando se trate de trabajadores en exclusiva al servicio de hogar familiar, con lo que su equiparación con el régimen general supondría para la cobertura de los riesgos profesionales, la protección por IT y el desempleo. Sin embargo, la configuración actual de los empleados de hogar discontinuos como una especie de autónomos impropios, y las consecuencias que ello conlleva (cotización a su cargo, tarifada, aunque aquí sin margen de opción, ni siquiera por la cobertura de riesgos profesionales, requisitos de estar al corriente del pago de cuotas, inaplicación del régimen de integración de lagunas, inaplicación del trabajo a tiempo parcial, de la jubilación anticipada), que podría encontrar explicación en el hecho de que en la época de creación de este régimen no existía una regulación específica en materia de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial, ha entrado hoy en crisis y cabría al igual que en otras actividades aplicar el régimen jurídico propio de esta modalidad contractual también en materia de Seguridad Social. Se trataría de una medida importante que haría recaer la cotización sobre el empleador y no sobre los propios trabajadores, como ocurre actualmente, aunque el obligado a ingresar las cuotas en su caso siguiera siendo el empleados de hogar (como en el caso de los representantes de comercio)²³.

Cabría alegar en contra de la integración en el régimen general de los empleados de hogar el riesgo de que aumentara la economía sumergida²⁴ o de que las horas declaradas por los amos de casa fuera inferior a las reales, que supusiera cargas excesivas de gestión para los empleadores, además de las dificultades de aplicar medidas de prevención de riesgos y de control de la realidad del accidente de trabajo. También es cierto que puede plantear inconvenientes y dificultades de control la extensión de las medidas del trabajo a tiempo parcial, jubilación parcial y contrato de relevo, entre otras, del Régimen general, a este colectivo así como el cómputo privilegiado de los periodos de carencia tras la STC 253/2004 de 22 de diciembre.

En cualquier caso estos argumentos no son oponibles cuando se propugna una mayor equiparación de los que trabajen en exclusiva para un amo de casa con los trabajadores del régimen general. No se entiende que, al menos estos últimos, deban seguir siendo un colectivo infraprotegido, con bases de cotización inferiores, tarifadas y excluidos de ciertas prestaciones (riesgos profesionales, desempleo, limitaciones en el disfrute de la IT) cuando se está produciendo en estos últimos años un aumento de la importancia real de este colectivo que se nutre en gran parte de inmigrantes (incorporación de la mujer al trabajo, situaciones de dependencia, cuidados de la tercera edad, etc.) y de su papel en la economía y en el sector servicios.

²³ Medida propugnada por TORTUERO y PANIZO, *op. cit.* pág. 51

²⁴ Se trataría de incentivar la emersión de este trabajo mediante medidas fiscales contemplando bajo ciertas condiciones la deducción de tales gastos en el IRPF (TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, págs. 49-50).

El tercer colectivo de trabajadores por cuenta ajena a considerar es el de los trabajadores del régimen agrario. Aquí también se produce su consideración actual como trabajadores autónomos «impropios», lo que dificulta la integración en el Régimen general. El cambio a un modelo de trabajador por cuenta ajena y la equiparación con el mismo —lo que sería aplicable también a los trabajadores por cuenta propia agrarios cuando trabajen por cuenta ajena— llevaría a que la empresa cotizara por los días efectivamente trabajados sobre bases de cotización más ajustadas a los salarios reales y sin la obligación de ingresar como ahora el trabajador la cuota fija durante los periodos de actividad. Pero presenta el inconveniente, especialmente cuando se trate de trabajadores eventuales, de que la cotización sólo operaría los días efectivamente trabajados. Durante los periodos de inactividad, en cambio, la cotización correría a cargo del trabajador, pero por la vía del convenio especial, que en la actualidad tienen como base mínima la del RETA (tras la Orden de 10 de octubre de 2003), esto es, con una cotización más elevada que la actual cuota fija (que opera en realidad como un convenio especial encubierto o disfrazado). Una vez integrados en el Régimen general, por otra parte, no habría razón alguna, si es que ahora la hay, para que los periodos de ocupación cotizada computaran de la misma manera a efectos de desempleo, y no como ocurre actualmente respecto de los eventuales tras la ley 45/2002.

Este obstáculo de coste contributivo para un sector económicamente débil puede relativizarse, bien manteniendo las particularidades actuales respecto de los periodos de actividad, como se propugna en algún informe²⁵, bien dejando la opción al propio trabajador, en función de los periodos de actividad que pueden variar de unos casos a otros, entre suscribir el convenio especial común o la cuota fija. Sin embargo, la primera opción plantea el inconveniente de que, de optar el trabajador por la cuota fija, pese a estar integrados en el Régimen general, se seguiría produciendo un desigual tratamiento en el régimen jurídico de las prestaciones por el juego de las correspondientes a los periodos de inactividad (que seguirían sufriendo los condicionamientos propios de su consideración como cuotas de autónomo, de trabajador por cuenta propia, como los requisitos de estar al corriente del pago, de la no integración de lagunas, la imposibilidad de configurarse a tiempo parcial), lo que llevaría a una especie de régimen mixto según se trate de periodos de actividad (trabajador por cuenta ajena) o de periodos de inactividad (trabajadores por cuenta propia). Por todo ello quizás sería más razonable que los periodos de inactividad se cubrieran mediante la figura del convenio especial, aunque ello pueda suponer costes difíciles de asumir para muchos agricultores, y que cabría compensar por otras vías (fiscales, etc.).

3.2. Entre regímenes de trabajadores por cuenta propia

En cuanto a la integración de trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales en el RETA hay que señalar que la problemática más que jurídica afecta a los costes de la convergencia y de equiparación, que es lo que verdaderamente diferencia actualmente a los trabajadores por cuenta propia de los sectores agrario y del mar de los de la industria y los servicios, esto es, el hecho de tratarse de sectores de actividad problemáticos,

²⁵ Medida propugnada por el Informe citado de TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, pág. 44.

incluso en declive o transformación, con especiales dificultades para trasladar el aumento consiguiente de costes de cotización a los precios de los productos. Así ha podido observarse el rechazo del sector agrario al aumento de cotizaciones prevista en el RDL 2/2003 y a la limitación de su alcance para nuevos afiliados llevada a cabo por la Ley 36/2003, pese a tratarse de un proceso gradual y paulatino²⁶ hasta alcanzar las del RETA.

La integración en el RTEA supondría además una cotización voluntaria adicional por contingencias profesionales que ahora se incluye en la cotización tarifada de manera obligatoria.

También la integración de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial de trabajadores del mar llevaría consigo un cambio en la cotización y en las actuales reducciones de las bases de cotización²⁷ que deberían articularse, si acaso, dentro de las medidas de fomento del empleo, aunque no con carácter general.

Los problemas sociológicos y estructurales que caracterizan a estos regímenes especiales, que algún sector de la doctrina²⁸ llama «de pobres» y su situación crítica dificultan y obstaculizan un rápido y efectivo proceso de convergencia. Y si, como se ha afirmado, ello exigiría el mantenimiento de no pocas especialidades²⁹ cabe dudar a nuestro juicio de la necesidad de la conveniencia de la propia integración.

3.3. Las reformas dentro del propio RETA y la convergencia con el Régimen General

Ya dentro del propio RETA, como régimen subsistente en el que se encuadrarían los demás trabajadores por cuenta propia, la tendencia hacia la homogeneidad y equiparación con el Régimen general encuentra limitaciones estructurales derivadas de la propia naturaleza del trabajo autónomo, de la inexistencia de empresario y de jornada de trabajo (que dificulta las modalidades de trabajo a tiempo parcial, contrato de relevo, jubilación parcial, aunque no la jubilación flexible)³⁰, lo que trae necesariamente un esquema protector y garantista distinto: la imposibilidad del juego del alta de pleno derecho, del anticipo de prestaciones, del mecanismo de integración de lagunas, del juego de la responsabilidad empresarial.

De ahí que incluso la extensión de los riesgos profesionales tenga necesariamente que hacer cuentas con la naturaleza del trabajo autónomo y la inexistencia de una deuda de seguridad de un tercero, con lo que el proceso de homogeneización en este punto necesariamente debe ser limitado³¹ hasta el punto de que se ha tenido que construir un concepto

²⁶ Fórmula que propugnaba el Informe citado de TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, pág. 42.

²⁷ TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, pág. 45 entienden que sería cuestionable que pudiesen mantenerse en el RETA.

²⁸ CABEZA PEREIRO, J. *op. cit.*, pág. 56.

²⁹ CABEZA PEREIRO, J. *op. cit.*, págs. 56-57 y 63.

³⁰ Salvo en los socios de Cooperativas, ya sean de trabajo incluidos en el Régimen general, ya socios trabajadores, si la opción de encuadramiento lo es por un régimen de trabajadores por cuenta ajena (disposición final 6.^a de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas y RD 1278/200 de 30 de julio).

³¹ Véase las críticas a este proceso en LÓPEZ GANDÍA, J. «La «nueva protección social de los autónomos» RDS núm. 24/2003, págs. 23-55.

específico, propio, más reducido, de accidente de trabajo, como ya ocurrió con los trabajadores por cuenta propia de los regímenes agrarios y del mar. No obstante, el riesgo profesional supone, al menos, una cierta corrección de los requisitos contributivos (inexistencia de periodos de carencia, aunque tampoco se exigen en el accidente no laboral) y transferencia de responsabilidad a sujetos nuevos (Mutuas), aunque siga requiriendo la necesidad de estar al corriente del pago de las cuotas.

Esta construcción del RETA, sin embargo, no parece muy adecuada para los trabajadores autónomos parasubordinados y para los que llevan a cabo su actividad en el ámbito de otra empresa, pues es mayor su proximidad a la figura del trabajador por cuenta ajena (dependencia económica, ámbito de riesgo en la prestación de trabajo, etc.). Lo mismo cabe decir respecto del esquema previsto en la LPRL de coordinación de actividades empresariales.

En otras prestaciones la equiparación con el régimen general encuentra limitaciones discutibles, ya sean temporales, ya por los requisitos exigidos, como la extensión de la Incapacidad permanente cualificada, o dificultades puramente de control y de búsqueda de la fórmula adecuada (como el desempleo, entre una extensión de la prestación mediante nuevas cotizaciones o un Fondo de Garantía para supuestos de cese del negocio)³². Otras diferencias no se justifican actualmente, como la imposibilidad de la jubilación anticipada, tras la ley 35/2002, que afecta también a los trabajadores del REA y empleados de hogar, manteniendo así una exclusión que se podía justificar por razones históricas y de derecho transitorio, pero no en la regulación actual, como si la condición de trabajador por cuenta propia o equiparado fuera por naturaleza contraria a la jubilación anticipada, cuando el desgaste y deterioro de la fuerza de trabajo y la imposibilidad de desarrollar otra actividad no pudieran justificar tal derecho en las mismas condiciones y con los mismos requisitos y efectos que en el Régimen general. Sin embargo, en el caso del RETA la exclusión no es tan grave puesto que el autónomo rara vez tiene carreras largas de seguro, sino que suele jubilarse con los periodos mínimos de cotización exigidos. Aun así la posibilidad legal, aunque fuera solo teórica, de jubilarse anticipadamente debería reconocerse.

Otra cosa es que se planteen reformas y correcciones en el propio RETA, independientemente de la equiparación con el Régimen general, que a veces puede resultar un poco forzada, y que tengan en cuenta las nuevas realidades laborales, como el trabajo parasubordinado y aborden el papel del propio RETA como incentivo a la huída del trabajo por cuenta ajena en supuestos fronterizos de difícil calificación y control. Algunos han propugnado en este sentido la propia desaparición del RETA y su integración sin más en el Régimen general con igualdad de cotizaciones y de prestaciones³³. Y en este sentido se ha

³² El estudio de este segundo sistema se previó- no sabemos qué sentido más allá del propagandístico o programático tiene la inserción en leyes de tales previsiones, que no necesitan tales regulaciones sino la voluntad política- en la disposición final 6.ª de la ley 53/2002 de 30 de diciembre. Véase en este sentido nuestro informe *Una propuesta de reforma de la prestación por desempleo*, Madrid, 2003, Fundación Alternativas.

³³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ BARROSO, «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)», *REDT* núm. 81/1997 pág. 30. Si bien FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., en «La necesaria reforma...» *op. cit.*, pág. 15 no mantiene una postura tan concluyente, sino que entiende justificada objetivamente la existencia del RETA, aunque tampoco excluye que se mantenga sólo como Régimen especial a extinguir.

manifestado algún grupo parlamentario presentando una proposición de ley en la presente legislatura³⁴.

Otras propuestas no se mueven en esta línea de política laboral y de protección social sino únicamente plantean abordar una de las deficiencias estructurales del RETA desde su creación: la libre elección de la base de cotización por el autónomo. Así se propugna la cotización en función de las rentas reales³⁵, lo que evitaría los problemas actuales en algunos sectores en que el autónomo alcanza unos rendimientos superiores al SMI, pero inferiores a la base mínima (subagentes de seguros y otros profesionales)³⁶, o bien mediante un sistema mixto de elección de la base, pero condicionada como mínimo por las rentas declaradas³⁷.

Independientemente de la viabilidad práctica de esta fórmula, que indudablemente repercutiría en una mayor solidaridad interna entre los distintos componentes del colectivo y en una mayor recaudación de cuotas por la Seguridad Social, la cuestión de fondo sigue siendo la necesidad de replantear los principios de opcionalidad y voluntariedad en cuanto al quantum (base de cotización, más allá de la mínima) y en cuanto al grado de protección, esto es, las prestaciones incluidas, sobre el que se ha construido el régimen (elección de la base, IT) y se sigue construyendo (los riesgos profesionales). Este sistema, a mitad de camino entre el seguro público y obligatorio y el seguro privado, impropio de un sistema público, ha permitido al autónomo diseñar su grado de protección y su carrera asegurativa y complementarlo con niveles privados (Planes de pensiones) de la manera más beneficiosa en una relación coste-prestaciones. Las medidas propuestas anteriormente de acudir a las rentas reales, por ello, no parece que vaya a encontrar apoyo por parte del colectivo, acostumbrado a un planteamiento más de seguro privado que de solidaridad profesional, pues la inmensa mayoría, casi el 95 % cotiza por la base mínima, cuando podría hacerlo por bases superiores, pese a que supondría un incremento de la acción protectora, además de una recuperación de terreno del sistema público. Probablemente no supondría un incremento real de los costes totales para el autónomo, al menos para el que tiene capacidad económica contributiva para suscribir un Plan de pensiones complementario.

Algo similar ocurre, de manera todavía más agravada con los autónomos que ejercen la profesión liberal mediante colegiación. Aquí no es ya que se trate del juego del principio de opcionalidad, sino que la voluntariedad se encuentra en el origen, en la propia inclusión en el RETA o en su Mutuality de Previsión, que aun siendo alternativa o sustitutiva,

³⁴ En este sentido puede verse la proposición de ley presentada en el Congreso por el grupo parlamentario de ERC (BOCortes de 23 de abril de 2004) posteriormente aceptada a trámite para la equiparación de los trabajadores autónomos a los del régimen general en prestaciones y la equivalencia progresiva de tipos y bases de cotización. Aunque de acuerdo con la Exposición de motivos, la proposición está pensando sobre todo en los autónomos dependientes, las medidas se dirigen mediante una nueva disposición transitoria 16.ª a todos los incluidos en el RETA.

³⁵ SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., «La nueva regulación del RETA», *AL* núm. 8/2004, pág. 926 y ss.

³⁶ *Vide* STS de 29 de octubre de 1997 y 16 de mayo de 2001, en el colectivo de subagentes de seguros, jurisprudencia que alguna doctrina judicial (STSJ Extremadura de 5 de noviembre de 1998, Cataluña de 26 de septiembre de 2000 Andalucía 17 de abril de 2001) extiende a otros colectivos. En contra, en cambio, de tal extensión STSJ Castilla-León/Valladolid de 27 de marzo de 2000 y Cataluña de 16 de febrero de 2002.

³⁷ TORTUERO y PANIZO *op. cit.*, pág. 39.

tiene un carácter privado, y sin que existan efectivos controles para garantizar un similar nivel de protección que el RETA. De otra parte, al tener carácter privado tiene ventajas que no tiene el propio RETA, como la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio profesional y el que la pensión no se compute a efectos del tope de pensiones públicas. Por todo ello la cuestión no es tanto la homogeneización de las reglas de incorporación de estos trabajadores autónomos y las diferencias artificiosas³⁸ introducidas por la ley de Ordenación del seguro privado 30/1995, sino la propia opción entre un sistema público y otro privado, o la suma de los dos, como admite la jurisprudencia³⁹. Para ello habría que establecer la obligatoriedad del RETA y dejar la Mutualidad como lo que debería ser, un nivel privado complementario, y no lo que es, un nivel privado sustitutorio, aunque la medida pueda encontrar resistencias en el propio colectivo⁴⁰.

3.4. La problemática especial de la convergencia de los regímenes especiales de funcionarios públicos

La protección social especial de los funcionarios públicos en España ha permanecido en silencio y al margen de los debates sobre la viabilidad y futuro del sistema de Seguridad Social que arrancan de los Pactos de Toledo. Los regímenes especiales de funcionarios públicos no aparecen mencionados por las Recomendaciones 4.^a y 6.^a ni por los Acuerdos de 1996 y 2001 en orden a la convergencia, esto es, a la tendencia constante pero nunca conseguida de manera efectiva hacia la simplificación y racionalización de la estructura del sistema de Seguridad Social. Ni siquiera aun cuando esta fuera meramente formal (integración de regímenes, pero mantenimiento de especialidades). Tal ausencia ha sido una confirmación del mundo aparte que ha constituido siempre el mutualismo administrativo y los sistemas de clases pasivas en relación no ya solo con los trabajadores del sector privado, sino incluso con los demás funcionarios públicos que desde los años ochenta, como ya se indicó, se han ido integrando en el Régimen general (Administración Local, funcionarios autonómicos, etc.) o ya lo estaban (personal estatutario, funcionarios de la propia Seguridad Social) o de los trabajadores del propio sector público⁴¹.

³⁸ Como afirman TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, págs. 38-39.

³⁹ STS de 25 de enero de 2000.

⁴⁰ BORRAJO DACRUZ, E., «El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto» *AL* núm. 1/1999, págs. 13-14.

⁴¹ Y también arroja serias dudas sobre que sean considerados a estos efectos como verdaderos regímenes especiales dentro del sistema, pese a que el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (LSSFCE desde ahora), afirma que nos encontramos con un Régimen Especial de la Seguridad Social integrado por dos mecanismos de cobertura, el Régimen de Clases Pasivas del Estado y el Régimen del Mutualismo Administrativo. Y en los mismos términos, el Reglamento General del Mutualismo Administrativo establece que el denominado Régimen del Mutualismo Administrativo es «el mecanismo de cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado integrado en el Sistema de Seguridad Social» (art. 2 del RGMA). Ello nos conduce a afirmar que, mientras el Mutualismo se configura como parte de nuestro sistema de Seguridad Social, más dudosa es la integración en el mismo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, que aunque también se conciba como mecanismo de cobertura, tiene unas peculiaridades prestacionales, financieras y de gestión, que lo alejan de las normas básicas que rigen en el sistema de Seguridad Social.

En cambio, a la hora de reformas que se han ido introduciendo en la Seguridad Social en algunas prestaciones (Maternidad, Riesgo durante el embarazo, prestaciones familiares, etc.) del sistema de la Seguridad Social, los regímenes de funcionarios sí han sido considerados como un régimen especial más. Aun así el procedimiento utilizado se caracteriza por el hecho de que a la hora de la extensión de normas o regulaciones del régimen general ni siquiera se utiliza la vía de la disposición adicional 8.^a o de la 11.^a bis de la LGSS, sino que se elaboran normas propias, lo que confirmaría su carácter de regímenes especiales «periféricos» del sistema.

La fragmentación resultante de estos procesos históricos entre los propios funcionarios resulta difícil de justificar actualmente⁴², y en relación con los demás trabajadores. No parece razonable que a igualdad de funciones, categorías o cuerpos unos funcionarios se encuentren en el Régimen General y otros en los Regímenes periféricos cada uno de ellos con regulación, financiación, gestión y prestaciones específicas⁴³.

Además, también se han ido introduciendo en el ámbito de la función pública niveles complementarios como una muestra de la transición silenciosa que puede producirse hacia un modelo mixto de protección social, que puede hacer perder al sistema público intensidad protectora e impedir probablemente futuras reformas en profundidad de los propios regímenes de Seguridad Social de los funcionarios que debería llevar a la integración de todos ellos en el Régimen general. No obstante algunos todavía sostienen, mantener tras ese proceso, lo que resulta discutible, como privilegio, el sistema mutualista, en especial a efectos de asistencia sanitaria⁴⁴ cuando más bien habría que extenderlo al resto de los trabajadores.

Finalmente, esta tendencia hacia un sistema mixto, además de mantener ciertos tratamientos ventajosos, puede separar todavía más a este importante colectivo de una visión global de la protección social que pudieran compartir con los demás trabajadores en un futuro de política común de pensiones. Es un paso más para mantener este mundo aparte, con su propia regulación y dinámica aunque no se presente con una vocación sustitutiva sino aparentemente complementaria. Al no computarse las pensiones privadas de los empleados públicos que se financien con fondos públicos a efectos del tope máximo de pensiones públicas, ello beneficia sobre todo a los empleados con mayores retribuciones pues

⁴² LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO, M.A., «La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones» *RDS* núm. 25/2004, págs. 31-64.

⁴³ Véase: ALARCÓN CARACUEL M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Las pensiones de los funcionarios públicos en España* Madrid, 1988; CANALES GIL, A., *El sistema español de clases pasivas del Estado* Barcelona, 1996, ed. Cedecs, ESCOBAR JIMÉNEZ, J., *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid, 1998, ed. Ibidem, GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J. L., *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid, 1997, ed. Marcial Pons; SÁNCHEZ PERIS, V., *Los derechos pasivos de los funcionarios públicos*, Ediciones Tro, 1999; BLASCO LAHOZ, J., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., *Los Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia, 2005, 4.^a ed., Tirant.

⁴⁴ TORTUERO y PANIZO, *op. cit.*, pág. 51 y ss. se inclinan por esta solución. También LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO. *op. cit.*, si bien defienden la extensión a todos los trabajadores de este específico modo de prestar la asistencia sanitaria. La integración en el Régimen general tendría importantes repercusiones sobre todos los aspectos de su régimen jurídico: cotización y transparencia financiera y de gasto, unidad presupuestaria con los demás trabajadores y funcionarios, gestión, aspectos jurisdiccionales, política común de pensiones, compatibilidades e incompatibilidades, etc.



son los que podían verse afectados por este límite que ya notan en la propia determinación del montante de sus pensiones públicas. Por esta razón estos cuerpos difícilmente van a tener interés en un cambio de la regulación de la cotización y de la forma de cálculo de las pensiones en su propio régimen de Seguridad Social público, mientras que sí tendrán interés en complementarse el sueldo de activo con el Fondo de pensiones. En cambio, tales perspectivas de reformas de los sistemas públicos pueden tener mayor importancia para los empleados de sueldos medios o bajos. El desarrollo de los sistemas privados de pensiones puede dificultar todavía más un replanteamiento de los regímenes especiales de funcionarios públicos, para insertarlos en la política global de la Seguridad Social, ya que será difícil plantear mejoras retributivas o del cálculo de la base reguladora sobre todo para las categorías más bajas. Al contrario, la política estatal y la presión de los propios funcionarios llevará a que se canalicen a través del Plan de pensiones y no por medio de una reforma de la Seguridad Social pública. Será difícil entonces pedir esfuerzos de solidaridad con el resto de los trabajadores y la implicación en los problemas globales de la protección social que puedan plantearse en el futuro.

Los niveles complementarios mediante Planes de pensiones en la función pública pueden, por tanto, devenir un freno para una reforma del régimen público de retribuciones y de protección social de los funcionarios públicos (cotización, prestaciones) que intente un mayor acercamiento de las pensiones públicas de jubilación a los niveles retributivos de activo, mediante el destope y la superación del carácter tarifado de las cotizaciones y también coherentemente del tope de las prestaciones.

Tal mejora también podría darse mediante un aumento de los tipos de cotización del Estado que ahora son bajos en una especie de financiación por «reparto interno» sobre bases tarifadas, si aportar nada a la solidaridad global del resto de los trabajadores (Fondo de reserva, excedentes de cotizaciones para mejora de las prestaciones propias y de los demás trabajadores, solidaridad interprofesional y entre los regímenes, etc.).