

Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?*

Collegial professions and Social Security: to the end of a separation?

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

Tras la aprobación de la Ley 30/1995, se ha ido avanzando en el camino hacia la integración en el RETA de los profesionales colegiados; sin embargo, en muchos casos dicha integración continúa siendo opcional, en detrimento de la financiación del sistema de la Seguridad Social. Veinte años después de la aprobación de aquella norma, en el presente trabajo se analiza el estado actual de la cuestión, especialmente, tras la Ley 27/2011, que exige una cobertura mínima a las mutualidades de previsión social alternativas al RETA.

Abstract

Following the adoption of the Law 30/1995, those who exercise a collegiate profession have been advancing on the path towards integration into the RETA (a system of contribution to the Social Security traditionally used by the self employed); however, in many cases this integration remains optional, at the expense of funding the Social Security system. Twenty years after the adoption of that Law, this paper discusses the current state of affairs, especially after the Law 27/2011, which requires a minimum social protection of mutuals (private insurances) which are an alternative to RETA.

Palabras clave

profesiones colegiadas, trabajo autónomo, Seguridad Social

Keywords

collegial profession, self-employment, Social Security

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Evolución normativa. 2.1. Régimen de integración sindical previa. 2.2. Régimen de solicitud formal de inclusión. 3. El vigente régimen “de opción”. 3.1. Regulación inicial. 3.2. Regulación vigente: las mutualidades de previsión social como entidades alternativas al RETA. 4. Beneficios e inconvenientes del régimen de opción. 4.1. El régimen de compatibilidad ilimitada entre la pensión de jubilación y el desarrollo de la actividad profesional. 4.1.1. El intento fallido de establecer la regla general de incompatibilidad. 4.1.2. El restablecimiento de la compatibilidad. 4.2. Profesionales colegiadas no integradas en el Sistema y protección por maternidad. 5. La cobertura mínima de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA. 6. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

El proceso de integración en el Sistema de la Seguridad Social de los profesionales colegiados o integrados en asociaciones profesionales, que trabajan por cuenta propia, ha sido especialmente lento y complejo. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA), caracterizado desde su constitución por su tendencia a encuadrar en su ámbito aplicativo a todo el que ejerce una actividad con habitualidad y sin vinculación laboral o vínculo funcional o estatutario en régimen de dependencia –ya se trate de artesanos, empresarios individuales, agricultores, trabajadores

societarios, escritores, e, incluso, religiosos y religiosas de la iglesia católica–, ha venido ofreciendo resistencia a abrir sus puertas a la generalidad de las personas que, en régimen de autoorganización y por cuenta propia, requieren para el desarrollo de su actividad profesional la integración en colegios o asociaciones profesionales.

Durante mucho tiempo las normas de la Seguridad Social han dejado en manos de estas organizaciones profesionales la facultad de decidir acerca de la procedencia del encuadramiento en el Sistema de quienes se hallaban asociados a las mismas. Y, si bien es cierto, que, tras la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se ha ido dando pasos para su incorporación al Sistema de la Seguridad Social, es el momento de plantearse, veinte años después de la aprobación de esta norma, cuál es el estado actual de la cuestión.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Desde la constitución del RETA hasta nuestros días, esta materia ha sido regulada por tres regímenes distintos, siendo el último en el tiempo el establecido por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y hoy contenido en la disposición adicional decimoctava de la LGSS. Para comprender la actual ordenación de la materia es preciso ahondar en su regulación precedente, a cuyo análisis dedicamos el presente apartado.

2.1. Régimen de integración sindical previa

El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, establecía, originariamente, junto a unos presupuestos objetivos –desarrollo de una actividad económica lucrativa no asalariada de forma habitual, personal y directa– y subjetivos –edad mínima de 18 años y residencia y nacionalidad españolas–, un requisito adicional, referente a la necesidad de que el trabajador en cuestión figurase integrado como tal “en la entidad sindical a la que correspondiera el encuadramiento de su actividad”, sin que obstará “a tal efecto el incumplimiento por el trabajador de su obligación de integración sindical” [art. 3.1º.a) Decreto 2530/1970]. Conviene recordar que durante la dictadura franquista trabajadores y empresarios –productores, en la terminología del régimen– estaban obligados legalmente a estar afiliados al Sindicato Vertical.

La afiliación individual de un autónomo a un sindicato constituía, pues, un factor poco decisivo, de suerte que si la actividad desarrollada se hallaba encuadrada sindicalmente, la falta de afiliación individual no impedía el acceso al RETA. Inversamente, de no estar la actividad encuadrada, de ningún modo podía quedar el trabajador amparado, estuviera éste o no afiliado de forma individual¹. Y, en fin, si la actividad no se encontraba encuadrada, pero existía obligación de afiliación del trabajador en razón de su condición de

* Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre “El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad” (IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Por todas, STCT 23-3-1977 (Aran. 1756).

empresario laboral, tampoco en este supuesto cabía la incorporación al Régimen de Autónomos².

Así pues, lo que efectivamente determinaba la inclusión en el RETA no era la afiliación individual, voluntaria u obligatoria de un concreto trabajador autónomo a un sindicato, sino el encuadramiento sindical de toda una profesión³, de suerte que, materializado el referido encuadramiento, los ejercientes de tal profesión carecían de la facultad de optar entre afiliarse o no a este Régimen sino que, obligatoriamente, debía integrarse en el RETA todo el colectivo. De hecho, este Régimen Especial –como el resto del sistema de la Seguridad Social– había sido concebido sobre la base de la incorporación forzosa y no voluntaria de sectores o grupos en su conjunto.

El colectivo más afectado por el requisito de encuadramiento objeto de estudio fue, precisamente, el de los profesionales liberales, integrados en colegios o asociaciones profesionales⁴, quienes, por falta de la previa integración sindical de su actividad se vieron privados, en buena parte, de la protección del RETA. La situación descrita afectó por igual a abogados⁵, agentes de aduanas⁶, agentes de la propiedad inmobiliaria⁷, farmacéuticos, gestores administrativos⁸, veterinarios, etc.

La razón última de la exclusión del RETA de los sujetos arriba indicados parecía hallarse en la vieja cuestión de la exclusión-concurrencia entre sindicatos y colegios profesionales⁹. Tradicionalmente, estas organizaciones habían sido excluyentes entre sí, quedando reservados los sindicatos a empleados y obreros, y los colegios a profesionales titulados. Si bien el Fuero del Trabajo de 1938 aspiró, dentro de la más pura concepción del Estado Nacional-Sindicalista, a la integración de los colegios en la Organización Sindical, la Ley de 26 de enero de 1940 mantuvo con carácter pretendidamente transitorio la pervivencia de los mismos, al excluir de la integración sindical a “las Corporaciones de Derecho público... que ejerzan... representación profesional económica...”¹⁰. La Ley de 6 de diciembre de 1940 volvió a anunciar la integración¹¹, pero tampoco esta vez se produjo, perpetuándose

² STCT 12-2-1975 (Aran. 768).

³ Véase, MONTALVO CORREA, J.: “Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1972, pág. 252.

⁴ Pero no el único; al menos un colectivo integrado por trabajadores ajenos a la consideración de “profesionales liberales” quedaba excluido del ámbito del RETA por incumplimiento de este requisito: los autónomos agrarios preteridos del REA. Su incorporación al Régimen de autónomos se produjo mediante el Decreto 1118/1975, de 2 de mayo, norma que creó la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos de la Agricultura, en la que quedaron integrados sindicalmente. En sentido inverso, también se ha de señalar que no todos los profesionales liberales permanecieron al margen del Régimen de Autónomos. Un claro ejemplo lo constituye el colectivo de Ópticos. La STCT de 27 de diciembre de 1976 (Aran. 6305), reconoció el correcto encuadramiento en el RETA de esta profesión titulada, por observar la misma, excepcionalmente el requisito de “afiliación sindical”.

⁵ STCT, 2 de mayo de 1973 (Aran. 1912).

⁶ STCT, 21 de marzo de 1975 (Aran. 1584).

⁷ STCT, 12 de febrero de 1975 (Aran. 768).

⁸ Cfr. Informe TGSS de 25 de abril de 1988.

⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico”, Revista de Seguridad Social, julio-septiembre 1982, núm. 15, págs. 151 y ss.

¹⁰ Art. 1, párrafo segundo, Ley de 26 de enero de 1940.

¹¹ Disposición transitoria 2ª de la Ley de 6 de diciembre de 1940.

los colegios profesionales como organizaciones, exclusivas y excluyentes, de representación de los intereses de estos trabajadores.

Finalmente, el art. 22 de la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 previó la creación, a propuesta de los interesados, de los denominados colegios profesionales sindicales que agruparían a profesionales titulados encuadrados sindicalmente¹². Tenían prohibida, no obstante, la anunciada transformación los colegios mencionados en la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942, es decir, los de abogados, médicos, farmacéuticos, veterinarios, arquitectos, ingenieros, agentes de cambio y bolsa, economistas, licenciados y doctores en Filosofía y Letras, licenciados y doctores en Ciencias Químicas y Físico-Químicas, notarios, procuradores de los tribunales, registradores de la propiedad, y actuarios.

Todo ello se tradujo en la apertura de una vía para la incorporación al RETA de determinados profesionales liberales, aquellos cuyo colegio, no teniendo vedada esta opción, estimara conveniente instituirse en colegio sindical. Este camino fue seguido por el Colegio de Agentes de Seguros, que tras la correspondiente transformación en colegio sindical, fue formalmente incorporado al RETA mediante Decreto de 12 de abril de 1973¹³. Ello no obstante, dos años antes, el Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre, ya había integrado en el campo de aplicación de este Régimen a los graduados sociales colegiados, obviándose el requisito de constitución en colegio nacional sindical; la Orden de 10 de abril de 1972 subsanó tal omisión al disponer, en su art. 3, que los colegios oficiales de graduados sociales asumirían las funciones atribuidas a la organización sindical.

Pese a todo, la condición de encuadramiento sindical seguía restringiendo la posibilidad de extensión de este régimen a buen número de profesionales –aquellos cuyo colegio no pudiera, o bien, no considerara oportuno instituirse en colegio sindical–, razón por la cual, desde los primeros años de vigencia del RETA, la doctrina reclamó la supresión legal de este requisito¹⁴.

Finalmente, el Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, eliminó con carácter definitivo la exigencia de sindicación obligatoria, aunque no quedó expedita la vía de acceso de la totalidad de los profesionales integrados en colegios o asociaciones profesionales a este Régimen Especial, como se justifica en el siguiente apartado.

2.2. Régimen de solicitud formal de inclusión

El requisito de integración sindical pasó, de ser una condición obsoleta, a quedar sin efecto a partir del 1 de julio de 1977¹⁵. Fue necesario esperar, no obstante, algunos años para

¹² Véase el número monográfico dedicado a esta Ley, en la Revista Internacional del Trabajo (OIT), vol. 85, núm. 3, 1972.

¹³ Adviértase que este colectivo fue integrado en el RETA mediante la utilización de la vía prevista en el originario apartado cuatro del art. 3 del D 2530/1970 (derogado por RD 2504/1980, de 24 de octubre), que establecía la posibilidad de incorporar en este Régimen Especial a “aquellos otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos que pueda disponerse por Decreto a propuesta del Ministerio de trabajo y oída la Organización Sindical”.

¹⁴ Ver MONTALVO CORREA, J.: “Régimen Especial de los trabajadores autónomos (I). Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones”, cit., pág. 252.

¹⁵ Art. 1.1 del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio.

que se efectuara la oportuna adaptación de la normativa reguladora del RETA, lo que, finalmente, se materializó a través del RD 2504/1980, de 24 de septiembre, cuyo artículo único modificó los artículos segundo, número tres¹⁶, y tercero del D. 2530/1970.

Tras la supresión del requisito de integración sindical no se hicieron, sin embargo, realidad las expectativas de ampliación de este Régimen a todos los profesionales integrados en colegios o asociaciones profesionales. Aquella exigencia fue sustituida por una condición nueva que acabó estableciendo parecidas limitaciones a la extensión de su ámbito aplicativo que la regulación precedente, quedando redactado el último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del RETA, tras la reforma de 1980, en los siguientes términos: “No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional, se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden Ministerial”.

Se trataba, en realidad, de una doble exigencia –solicitud de inclusión, y efectiva integración mediante Orden Ministerial–, ajena tanto a la naturaleza de la actividad desarrollada como a las circunstancias personales de quien la desarrollara. El nuevo requisito solo se impuso a determinadas personas trabajadoras por cuenta propia: aquellas que para el ejercicio de su actividad necesitaran, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional. Es fácil advertir que la nueva regulación poseía idénticos destinatarios que la inmediatamente precedente, con la diferencia de que tras la reforma de 1980 dichos destinatarios quedaban manifiestamente especificados: los profesionales colegiados o incorporados a asociaciones profesionales.

El requisito no imperaba cuando no existía la obligatoriedad de colegiación o de adscripción a una asociación profesional; en tal caso, aún tratándose de profesionales titulados pertenecientes a sectores en los que estuviese constituido un colegio o asociación, la incorporación al RETA tan sólo requería la concurrencia de las condiciones generales de encuadramiento¹⁷.

Los órganos judiciales no consiguieron ponerse de acuerdo acerca de si en el supuesto de adscripción colegial obligatoria, la falta de colegiación impedía o no el acceso individual al RETA. Mientras, para unos, la colegiación se había convertido en una exigencia adicional que condicionaba la incorporación a este Régimen¹⁸, para otros, éste era un dato irrelevante¹⁹. En cualquier caso, y esto era lo verdaderamente trascendente, la integración en el Régimen de Autónomos de los destinatarios de este precepto, sólo podía producirse previa solicitud de los órganos superiores de representación de los colegios o asociaciones profesionales, y mediante Orden Ministerial, no admitiéndose la adscripción individual al RETA.

¹⁶ El RD 2504/1980 suprimió, asimismo, la presunción de trabajo autónomo que establecía el art. 2.3 en favor de quien figurase integrado sindicalmente como trabajador por cuenta propia.

¹⁷ En este sentido, Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social, núm. 5-041, de 22 de octubre de 1993.

¹⁸ Cfr. STSJ Baleares, 17 de julio de 1992 (Aran. 3923).

¹⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid, 10 de septiembre de 1991 (Aran. 5079).

El establecimiento de esta condición se traducía en el mantenimiento de la exclusión del ámbito aplicativo del Régimen de Autónomos de muchos profesionales liberales, tampoco amparados por el régimen anterior (médicos²⁰, sociólogos²¹, psicólogos²², abogados²³, gestores administrativos²⁴, odontólogos²⁵, agentes comerciales²⁶...). Pero, al menos, en un aspecto importante se había avanzado, pues la exclusión de estos trabajadores ya no se perfilaba como definitiva. Al amparo de la nueva ordenación, ningún colectivo de profesionales titulados tenía prohibida legalmente su integración en el RETA, encontrándose en manos de sus propios colegios o asociaciones la llave de acceso al sistema de la Seguridad Social. Acordada la incorporación por el órgano superior de representación de las mencionadas entidades, el colectivo representado por aquél había de ser integrado en el RETA mediante Orden Ministerial, surgiendo, a partir de este momento, la obligatoriedad de afiliación de todo el grupo.

Por esta vía fueron incorporados al Régimen de Autónomos un total de catorce colectivos. A saber: 1) economistas (Orden 17-7-1981); 2) odontólogos y estomatólogos (Orden 25-9-81); 3) veterinarios (Orden 3-10-81); 4) titulados mercantiles (Orden 8-10-81); 5) agentes y comisionistas de aduanas (Orden 7-10-81); 6) agentes de la propiedad industrial (Orden 20-10-81); 7) ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas (Orden 1-4-82); 8) censores jurados de cuentas (Orden 13-4-82); 9) diplomados en trabajo social y asistentes sociales (Orden 29-7-87); 10) doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (Orden 24-10-88); 11) doctores y licenciados en Ciencias Físicas (Orden 13-2-89); 12) capitanes, jefes y oficiales de la marina mercante (Orden 6-4-89); 13) ópticos (Orden 9-3-90); 14) ingenieros agrónomos (Orden 11-3-93).

El tenor de la condición establecida en el último párrafo del art. 3 del D 2530/1970 fue objeto de análisis, con relativa frecuencia, por parte de los órganos judiciales. La doctrina judicial justificó el sentido de la reforma, considerándola coherente con el tradicional sistema de encuadramiento en el RETA, en el entendimiento de que “la incorporación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no se ha concebido nunca como consecuencia de una iniciativa individual, sino que ha de haber venido precedida de una integración en un colectivo considerado como tal”²⁷.

²⁰ Por todas, STCT 31 de octubre de 1984 (Aran. 8231).

²¹ STCT, 4 de febrero de 1982 (Aran. 631).

²² STCT, 14 de julio de 1986 (Aran. 6166).

²³ SSTSJ Castilla-La Mancha/Albacete, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182); TSJ de Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).

²⁴ Véase STS (CONT.-ADM.), 21 de julio de 1986 (Aran. 5538). Ver también Informe TGSS de 25 de abril de 1988.

²⁵ Véase, STCT, 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093). Previa solicitud del Colegio, fueron incorporados al RETA mediante Orden de 25 septiembre de 1981.

²⁶ El artículo primero del Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por D 3595/1977, de 30 de diciembre, establecía la colegiación obligatoria de los Agentes Comerciales. En ningún momento los órganos superiores de representación del Colegio de Agentes Comerciales solicitaron la integración de este colectivo en el RETA; no obstante, una resolución de 12 de marzo de 1986 declaró incluidos en el RETA a los agentes comerciales que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta propia. Las Salas de lo Social de algunos Tribunales Superiores de Justicia se pronunciaron sobre la situación creada de forma contradictoria (véanse, a título de ejemplo, las STSJ de Baleares, de 13 de septiembre de 1989 (Aran. 2514) y la STSJ Castilla-León (Valladolid) de 29 de enero de 1991).

²⁷ STCT, 10-2-1982 (Aran. 762); en sentido análogo, STCT, 25-3-1981 (Aran. 2093).

Ciertamente, desde este punto de vista, no podía parecer extraño que, reconocida la libertad sindical, y suprimido el requisito de integración en entidades sindicales, se impusiera la condición de solicitud previa de incorporación al RETA por parte de los órganos superiores de representación de los correspondientes Colegios o Asociaciones Profesionales. Pero, todavía dos aspectos carecían de explicación satisfactoria. Por una parte, no quedaba claro cuál constituía, en realidad, el fundamento último del establecimiento de nuevos condicionamientos a estos profesionales titulados, tras la eliminación de lo que parecía ser el único obstáculo que les impedía el acceso al RETA. De otro lado, se suscitaba la duda de la posible inconstitucionalidad de la previsión contenida en el último párrafo del art. 3 del D. 2530/1970, en cuanto entrañaba una sustancial diferencia de trato entre los trabajadores autónomos que necesitaran para el ejercicio profesional la incorporación colegial o asociativa, y los demás trabajadores por cuenta propia. A ambos interrogantes dio respuesta el Tribunal Constitucional, en la sentencia 68/1982, de 22 de noviembre²⁸.

Respecto de la primera cuestión, el Alto Tribunal, previa indagación en los antecedentes normativos del RETA, intentó desentrañar el “verdadero sentido” que, desde sus orígenes, había tenido el establecimiento del requisito de integración sindical. Al respecto, el Tribunal Constitucional defendió que tal condición nunca fue configurada como factor constitutivo de la afiliación, sino, como un “dato objetivo de carácter *referencial*, para explicitar la inclusión o exclusión de determinados colectivos profesionales”. De este modo, la norma excluyente siempre habría tenido unos destinatarios predeterminados: los profesionales liberales, organizados en colegios profesionales y regidos por la Ley 2/1974, de 13 de febrero. Ahora bien, la razón última de la exclusión del ámbito del RETA de los profesionales colegiados no radicaba en su imposibilidad de integración sindical; más bien, al contrario, esta última había sido consecuencia del “autonomismo colegial”, manifestado, en palabras del Tribunal Constitucional, en “un tono abstencionista y excluyente respecto del encuadramiento sindical..., (y) respecto de su integración en el sistema estatal de Seguridad Social”, de modo que “no afiliación a la Seguridad Social y no integración sindical son dos consecuencias directas, paralelas e independientes, derivadas del *fuero colegial* (...) aunque la exclusión de la afiliación a la Seguridad Social se exprese de modo indirecto, por referencia a la exclusión de la integración sindical”²⁹.

Desde esta perspectiva, parece –hasta cierto punto– comprensible que tras la abolición del anterior sistema sindical no desapareciera con él la cuestión de fondo: la prerrogativa de la autonomía colegial, manifestada en el señalado “tono abstencionista”. De este modo, el RD 2504/1980, de 24 de octubre, se habría limitado a suprimir los términos del Decreto regulador del RETA que se encontraban implícitamente derogados, no permitiéndose, sin embargo, la incorporación obligatoria y generalizada a este Régimen de todos los profesionales liberales, al condicionarse esta –por respeto al autonomismo colegial– a la previa solicitud de los órganos superiores de representación de los colegios o asociaciones profesionales.

²⁸ Sentencia dictada en Recurso de Amparo núm. 87/1982; véase el comentario a la misma realizado por ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1984.

²⁹ STC 68/1982, de 22 de noviembre, cit.

Pero, al margen de la constitucionalidad de la medida, no se puede ignorar que la reforma operada por el RD 2504/1980, de 24 de octubre, planteaba determinados interrogantes en relación con ciertos colectivos, respecto de los cuales, con frecuencia, se generaba una indeseable situación de inseguridad jurídica. Es el caso, a título de ejemplo, de los profesionales originariamente encuadrados en colegios profesionales sindicales –ópticos, delineantes, decoradores, administradores de fincas y agentes comerciales– e integrados, por tanto, en el RETA desde la constitución del Régimen, que podían ver cuestionada su permanencia en el mismo a la luz de la nueva redacción del art. 3, párrafo último, del Decreto 2530/1970, o el de aquellos otros colectivos de dudosa tradición colegial –profesionales del periodismo– respecto de los cuales formalmente regía la obligatoria adscripción colegial, no imponiéndose, sin embargo, la misma en la práctica. Era, por todo ello, necesario abordar la modificación de la redacción del último párrafo del art. 3 del Decreto regulador del Régimen de Autónomos.

La segunda gran cuestión suscitada por el tenor del citado párrafo último del artículo 3 del D 2530/1970 era la de la posible inconstitucionalidad de la diferencia de trato jurídico establecida en esta norma, de rango reglamentario³⁰, entre los profesionales a los que se exige incorporación colegial o asociativa y el resto de los autónomos, a efectos de integración en el RETA.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señaló en la citada sentencia 68/1982 que “el hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del art. 14 de la Constitución”, pudiendo tener la diferencia que se establece una justificación objetiva y razonable³¹. Y, en concreto, respecto de la diferencia de trato derivada del último inciso del art. 3, el Alto Tribunal, lejos de considerar que la misma es arbitraria y discriminatoria, reconoció que “tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos”, cuales son: 1) de una parte, la propia naturaleza del sistema de la Seguridad Social, que exige su extensión obligatoria a amplias colectividades, “ya que, en otro caso, de admitirse la inclusión individual, se alteraría fundamentalmente esa naturaleza y se distorsionaría el sistema de financiación y cobertura de riesgos”³²; y, de otra, el carácter gradual de la incorporación a la Seguridad Social de los distintos grupos de trabajadores, constituyendo “una opción política legítima el

³⁰ Téngase en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 209/1987, de 22 de diciembre: “ni las leyes ni los reglamentos pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que estos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas o legítimas... no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó”.

³¹ La STC 27/1988, de 23 de febrero, sobre este punto ha manifestado: “la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero tal igualación..., no constituye un imperativo jurídico”. En el mismo sentido, STC 103/1984. Ver también STC 38/1995, de 13 de febrero.

³² El Tribunal Constitucional, confirmaba así, la reiterada doctrina del TCT, de la que eran muestra las sentencias de 9 de marzo de 1981 (Aran. 1636), 25 de marzo de 1981 (Aran. 2093), y de 4 de febrero de 1982 (Aran. 631), aparte de la de 10 de febrero de 1982 (Aran. 762), que, habiendo sido impugnada, dio lugar al conocido pronunciamiento constitucional (en las mismas se denegaba la afiliación al RETA de médicos y sociólogos). El criterio constitucional fue seguido en pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia del Alto Tribunal de 22 de noviembre de 1982: Véanse, SSTSJ Castilla-La Mancha, 3 de noviembre de 1989 (Aran. 2182) y TSJ Cataluña, 3 de diciembre de 1992 (Aran. 6337).

posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional”.

Conviene tener presente los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, arriba expuestos. Como se razonará más adelante, ambos resultan dudosamente compatibles con el sistema de opción establecido por la Ley 30/1995.

3. EL VIGENTE RÉGIMEN “DE OPCIÓN”

3.1. Regulación inicial

Las expectativas de extensión del RETA a la generalidad de los profesionales colegiados fueron finalmente atendidas por la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que se establecía que sería “obligatoria la afiliación a la Seguridad Social” para todos los profesionales “que se colegien” en un colegio profesional cuyo colectivo no se halle integrado todavía en el RETA, pudiéndose optar, a tal efecto, por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la mutualidad que tenga establecida dicho colegio profesional.

Conforme al tenor literal de aquella norma, todo parecía indicar que por primera vez en la historia de nuestra Seguridad Social se abrían las puertas del Régimen de Autónomos para cualquier profesional colegiado que trabajara por cuenta propia; se ponía fin, de este modo, el “autonomismo colegial” en materia de Seguridad Social³³, trasladándose la facultad de decidir acerca de la incorporación al RETA del colegio al propio profesional.

Ahora bien, los términos en los que aquella norma se expresaba eran vagos y contradictorios. Se hablaba en la misma de “obligatoria afiliación a la Seguridad Social” y al mismo tiempo se establecía un sistema “de opción” que facultaba al profesional para elegir entre el RETA y un régimen de previsión privado; aunque, difícilmente, en caso de opción por la mutualidad, podía producirse la incorporación a la Seguridad Social. No en vano, las mutualidades de previsión social son –al igual que los planes y fondos de pensiones– un mecanismo de protección social complementaria a la protección básica dispensada por el sistema público de Seguridad Social, con fundamento constitucional ex art. 41 CE³⁴, donde se prevé que la “asistencia y prestaciones complementarias serán libres”; a diferencia del Sistema de Seguridad Social, las mutualidades se basan en el sistema financiero de capitalización y no de reparto.

³³ Recuérdese que los requisitos de solicitud formal de inclusión por los Órganos superiores de representación de los Colegios o Asociaciones Profesionales y de posterior integración mediante Orden Ministerial, no arrancan de la LSS, sino del art. 3, párrafo último, del D 2530/1970, de 20 de agosto. La integración en bloque de la generalidad de los profesionales colegiados en el sistema de la Seguridad Social, podía haberse producido, por tanto, mediante una norma que tuviese rango de Real Decreto.

³⁴ Sobre la materia, puede verse, FERRANDO GARCÍA, F.: “Las mutualidades de previsión social: complemento y alternativa al sistema público de seguridad social”, VV.AA.: La empresa social y su organización jurídica, ANDREU MARTÍ, M.M. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2014., pág. 263.

La Resolución de 23 de febrero de 1996 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de febrero de 1996³⁵, dictó instrucciones en orden a la aplicación de las previsiones que, en materia de seguridad social, contemplaba la Ley 30/1995. Los problemas interpretativos y aplicativos que, era previsible, generaría el nuevo sistema, quedaron confirmados en el texto de la citada Resolución. Esta partía de la premisa, no explicitada en la Ley, de que el último párrafo del art. 3 del Decreto 2530/1970 no había sido derogado sino tan sólo “alterado”. Así, aquellos profesionales que estuviesen incorporados antes del 10 de noviembre de 1995 –fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995– a un colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado en el RETA, sin disponer dicho colegio de una mutualidad de previsión social que, con anterioridad a dicha fecha, fuese de incorporación obligatoria, continuarían en virtud de dicha disposición excluidos del Sistema, no pudiéndose producir el encuadramiento sino por la vía prevista en el citado art. 3.

La Resolución privaba de una parte de sus novedosos efectos a la Ley 30/1995. Conforme a la misma sólo se beneficiarían del sistema de opción los dos siguientes grupos de profesionales:

1) Los colegiados con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 en un colegio cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, disponiendo el colegio profesional de una mutualidad de previsión social que, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995, fuese de incorporación obligatoria para los colegiados (por ejemplo, el Colegio de Médicos). En este caso, la opción sólo se podría ejercitar una vez producida la adaptación prevista en el primer párrafo del número 3 de la disposición transitoria quinta de la Ley 30/1995³⁶.

2) Los colegiados a partir del día 10 de noviembre de 1995 en un colegio profesional cuyo colectivo no hubiese sido integrado antes de esa fecha en el RETA. La opción entre este Régimen y la mutualidad de previsión social que tuviese establecida el colegio sólo cabría cuando la citada mutualidad, bien fuese de incorporación obligatoria con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, bien –no dándose tal supuesto– tuviera un ámbito de cobertura similar al del Régimen de Autónomos. En el caso de que el colegio careciera de mutualidad o ésta no tuviera carácter alternativo al RETA, el profesional quedaba directamente encuadrado en el mismo sin posibilidad de opción.

3.2. Regulación vigente: las mutualidades de previsión social como entidades alternativas al RETA

El art. 33 de la Ley 50/1998 modificó la redacción de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, fijando una regulación que permanece vigente, si bien –con efectos desde el 2 de enero de 2016– la misma se halla, ahora, íntegramente contenida en la disposición

³⁵ Sobre la materia, véase, PIÑEROA DE LA FUENTE, A.J.: “La vinculación a la Seguridad Social de los colegiados profesionales tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996”, RL, núm. 11, jun. 1996.

³⁶ Véanse las instrucciones para la incorporación en el RETA del colectivo de profesionales de la abogacía tras la correspondiente adaptación de los Estatutos de la Mutualidad de la Abogacía, en la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27 de septiembre de 1996 (puede verse en Tribuna Social, núm. 71, noviembre 1996).

adicional decimoctava de la LGSS 2015. La ordenación anterior, breve y ambigua, es sustituida por un complejo régimen –receptor, en parte, del contenido de la Resolución de 23 de febrero de 1996– en el que se contempla un entramado de situaciones diversas que se distinguen entre sí atendiendo a variadas circunstancias, tales como la fecha individual de colegiación (anterior o posterior al 10 de noviembre de 1995, momento de entrada en vigor de la Ley 30/1995), la existencia o no de mutualidad en el colegio, las características de esta (de incorporación obligatoria o no) o la existencia de una expresa integración previa del colectivo en el RETA.

La Tesorería General de la Seguridad Social, en la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, dictó instrucciones con el objeto de dar respuesta a las muchas dudas planteadas tras la reforma de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995. El régimen resultante es el que sigue:

a) Mantenimiento de la situación anterior

Los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos integrados en el Régimen de Autónomos con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 permanecen obligatoriamente incorporados al RETA con independencia de la fecha de colegiación. En esta situación se encuentran, entre otros, los colectivos de graduados sociales, farmacéuticos, economistas, veterinarios, diplomados en trabajo social y asistentes sociales, ópticos e ingenieros agrónomos.

b) Cláusula general de inclusión: profesionales colegiados no integrados en el RETA con anterioridad al 10 de noviembre de 1995

Se declaran encuadrados en el campo aplicativo del RETA quienes ejerzan una actividad por cuenta propia en las condiciones establecidas en dicho Régimen Especial que requiera la incorporación a un colegio profesional, y pertenezcan a un colectivo que no hubiera sido integrado en el RETA con anterioridad. La inclusión se produce por imperativo legal, sin que se precise la presentación de una solicitud previa, en tal sentido, por los órganos superiores de representación de los respectivos colegios profesionales.

Quedan exentos de la obligación de alta en este Régimen los colegiados que opten por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que dicha mutualidad, de incorporación obligatoria, se hubiese constituido con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social aprobado por el RD 2615/1985.

Se supera la contradicción en la que incurría la redacción originaria de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, en la que tras establecerse la “obligatoria afiliación a la Seguridad Social” de los profesionales colegiados, se les permitía elegir entre integrarse en el RETA o incorporarse a la mutualidad del colegio. En la nueva redacción de la norma se declara que quedan “exentos de la obligación de alta” quienes elijan la segunda opción, quedando estos excluidos del Sistema de la Seguridad Social.

Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad, quedando encuadrado en el RETA. La integración en este Régimen resulta, de este modo, irreversible, aunque no

impide la simultánea permanencia en la mutualidad –tal como el Tribunal Supremo ha aclarado–, dado el carácter privado de la esta última³⁷.

c) Las mutualidades alternativas

Para comprender el alcance del nuevo régimen es preciso concretar cuáles son las mutualidades que permiten la opción entre las mismas y el RETA. Como ya se ha señalado, la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, en su redacción dada por el art. 33 de la Ley 50/1998, sólo atribuyó carácter alternativo a las mutualidades constituidas con carácter obligatorio antes del día 10 de noviembre de 1995 al amparo del art. 1.2 del Reglamento de Entidades de Previsión social, aprobado por el RD 2615/1985.

La TGSS, en su informe consulta 147/1999, de 21 de octubre, concretó algo más al considerar alternativas al RETA las mutualidades que cumplan dos requisitos: 1º) Haber sido constituidas al amparo del artículo 1.2 del RD 2615/1985, de 4 de diciembre, es decir, estar establecidas en dicha fecha con carácter obligatorio, o constituidas al amparo de otra normativa anterior manteniendo el carácter obligatorio una vez en vigor el citado Real Decreto. 2º) Haber sido adaptadas a la Ley 30/1995, considerando que se ha producido la adaptación en la fecha en que tuviera lugar la sustitución del carácter obligatorio por el voluntario en relación con el régimen de adscripción.

Ahora bien, según criterio de la TGSS, no es suficiente con acreditar el carácter obligatorio de la mutualidad a 10 de diciembre de 1995 (y su posterior adaptación a la Ley 30/1995), existiendo mutualidades que cumplen dicha exigencia a las que la TGSS no reconoce el carácter de alternativas. Concretamente, en la instrucción cuarta de la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, se establece la siguiente clasificación:

a) *Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, con carácter alternativo*³⁸:

Actualmente, se consideran de carácter alternativo las siguientes mutualidades de previsión social³⁹:

- Alter Mutua (abogacía).
- Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores.
- Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

³⁷ STS de 25 de enero de 2000.

³⁸ Téngase en cuenta que la Circular 3-016 TGSS, de 7 de mayo de 1999, en su instrucción cuarta, señala que también se considerarán alternativas aquellas mutualidades de previsión social sobre las que el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma expida certificación acreditativa del carácter obligatorio de la afiliación a dicha mutualidad, en fecha anterior a 10 de noviembre de 1995 para los profesionales colegiados afiliados a la misma, independientemente de la provincia en la que desempeñen el ejercicio de su actividad profesional.

³⁹ Sobre la materia, véase, GARCÍA ROMERO, B.: “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa”, Comunicación XXVI Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre, “Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios”, Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016. Puede verse en el CD adjunto al libro Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones cinca, Madrid, 2016.

- Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de los Tribunales de España.
- Asociación Mutualista Ingeniería Civil.
- Mutua Médica.
- Mutua de Ingenieros Industriales.
- Mutualidad de Gestores Administrativos.
- M.P.S. Peritos Ingenieros Técnicos Industriales
- Mutualidad de la Abogacía.

b) Mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995, sin carácter alternativo:

- Mutualidad del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, Entidad de Previsión Social: pese a su carácter obligatorio se le negaba la condición de alternativa bajo el argumento de que los corredores de comercio constituyen una categoría especial de funcionarios, lo que impediría su consideración como trabajadores autónomos. Paradójicamente, en la actualidad, se hallan expresa y obligatoriamente encuadrados en el RETA –sin posibilidad de opción por la mutualidad–, como colectivo integrado en el Cuerpo único de Notarios⁴⁰. Se permite el mantenimiento del régimen mutualista, aunque adaptado a los caracteres de complementariedad respecto del sistema público, y de voluntariedad.
- Mutualidad de Previsión Social Fondo de Asistencia Mutua del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos: no se le reconoce el carácter de alternativo, no tanto por el limitado ámbito de cobertura material –aspecto sobre el que el legislador no se pronuncia–, sino por el hecho de que la única manifestación protectora obligatoria –el subsidio por fallecimiento– constituye una ayuda asistencial satisfecha a cargo del Colegio, aunque instrumentada a través de la mutualidad, y al margen de las prestaciones que esta tiene establecidas.

d) Excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión: alcance real de la misma

Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en dicha fecha una mutualidad de adscripción obligatoria, quedan exentos de la obligación de alta en el RETA. Excepcionalmente, la norma permitió a los interesados que pudieran solicitar, por una sola vez y durante el año 1999, de manera voluntaria e individual, el alta en el Régimen de Autónomos. Aquellos profesionales que, pudiendo hacerlo, no solicitaron tal inclusión permanecen preteridos de dicho Régimen. Su incorporación al RETA sólo podría ser instada

⁴⁰ La disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, integró a los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio en un cuerpo único, denominado Cuerpo único de Notarios. Hasta ese momento la protección social de ambos colectivos integrados se venía dispensando a través de la Mutualidad Notarial y de la Mutualidad de Previsión Social del Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, mutualidades que carecía de carácter alternativo al RETA. El art. 41 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, autorizó al Gobierno a que incorporara en este Régimen a los miembros del Cuerpo único de Notarios, lo que finalmente se materializó mediante el RD 1505/2003, de 28 de noviembre. Por su parte, los notarios constituyen uno de los doce colectivos de autónomos expresamente encuadrados en el RETA por la LGSS 2015 [305.2.h)].

por el colegio y aprobada por el Ministerio de Trabajo (hoy, de Empleo y Seguridad Social), en aplicación del último párrafo del art. 3 el Decreto 2530/1970.

Por su parte, los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una mutualidad de carácter obligatorio, sólo podrían darse de alta en el RETA –en el caso de decidir no permanecer incorporados a la mutualidad–, tras la adaptación de sus estatutos a la Ley 30/1995, lo que se traduce, como más arriba se ha precisado, en la sustitución de su régimen de adscripción, pasando de ser obligatorio a voluntario. El plazo establecido en la disposición transitoria quinta de dicha norma para llevar a efecto la modificación fue de cinco años, y este finalizó el 30 de noviembre de 2000⁴¹.

En el momento de producirse la adaptación, se abría la posibilidad de opción para el profesional entre solicitar el alta en el RETA o mantenerse en la mutualidad. La TGSS concedía un plazo para que los trabajadores afectados solicitaran el alta con efectos desde el día primero del mes en que se hubiera producido aquella.

El análisis de las excepciones y matizaciones a la cláusula general de inclusión permite concluir que quedaron incluidos en este Régimen todos los profesionales colegiados pertenecientes a colectivos no integrados en el RETA con inicio de actividad posterior a 10 de noviembre de 1995, aunque a través de dos regímenes de encuadramiento distintos: 1ª) Régimen de opción, que beneficia a profesionales integrados en colegios que dispongan de una mutualidad alternativa al RETA. 2ª) Régimen de obligatoria inclusión en el RETA, que afecta a los profesionales integrados en colegios que carezcan de una mutualidad de tales características. Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en dicha fecha una mutualidad de adscripción obligatoria, quedan exentos de la obligación de alta en el RETA, si bien, excepcionalmente, pudieron integrarse en este régimen durante el año 1999, de manera voluntaria e individual.

Conviene señalar, por último, que la doctrina judicial ha precisado que cuando la profesión colegiada se desarrolle utilizando el marco jurídico de una sociedad en la que el colegiado posea el control efectivo, las normas de encuadramiento que procede aplicar no son las previstas para los administradores societarios o los socios de sociedades capitalistas, sino las atinentes a los profesionales colegiados, prevaleciendo la condición de colegiado frente a la de socio o administrador societario⁴².

⁴¹ Adaptaron sus Estatutos, pasando a ser de adscripción voluntaria, las siguientes mutualidades: Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (acuerdo de la asamblea general celebrada los días 1 y 2 de diciembre de 1995); Mutualidad General de la Abogacía (acuerdo de la asamblea general celebrada el 29 de junio de 1996); la Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos españoles (acuerdo de 16 de junio de 1994); Hermandad Nacional de de Previsión Social de Arquitectos Superiores (acuerdo de la asamblea general celebrada durante los días 18 y 19 de septiembre de 1997).

⁴² En este sentido, STSJ Madrid de 22 abril 2004 (JUR 2004, 237515). Con parecido tenor, STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de junio de 2003 (AS 2004, 1481).

4. BENEFICIOS E INCONVENIENTES DEL RÉGIMEN DE OPCIÓN

El régimen de opción que se establece en favor de determinados profesionales colegiados, a los que se les permite la huída del Sistema de Seguridad Social, con la consiguiente pérdida de cotizantes, tiene, sin duda, un carácter privilegiado, que no casa bien con la obligatoriedad de dicho Sistema ni con el principio financiero de reparto en el que el mismo se asienta⁴³. Pero, lo que, de partida, resulta un privilegio, presenta también una cara oculta negativa pues, como se verá, la opción por la mutualidad puede suponer un déficit de protección nada desdeñable para quien desarrolla la profesión colegiada, especialmente, en el caso de las mujeres que deseen ser madres, y en general, respecto de quienes se encuentren en situación de acceder a prestaciones temporales (maternidad, paternidad, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia).

Por lo pronto, la opción en un sentido u otro supone la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados –el aseguramiento público del Sistema de la Seguridad Social, en el caso del RETA, y el aseguramiento privado, en el supuesto de la mutualidad de previsión social alternativa– que tendrá consecuencias en aspectos de gran relevancia, como son la concurrencia con otras prestaciones (existencia o no de límites en la acumulación de las mismas), la garantía (o no) de mínimos de las pensiones, la compatibilidad o incompatibilidad entre trabajo y pensión, el acceso (o no) a subsidios temporales “de calidad” en cuanto a su duración y cuantía, la doble cotización (o no) al sistema público en supuestos de pluriactividad, etc.

A continuación nos detenemos en dos supuestos representativos de las señaladas disfunciones del régimen de opción: el primero constituye un claro ejemplo de privilegio para quienes optan por la mutualidad alternativa, y el segundo, de manifiesta desventaja.

4.1. El régimen de compatibilidad ilimitada entre la pensión de jubilación y el desarrollo de la actividad profesional

4.1.1. El intento fallido de establecer la regla general de incompatibilidad

La aplicación práctica de la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión contenida en art. 165.1 LGSS, ha venido planteando ciertos interrogantes respecto de quienes, habiendo accedido al derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General, aspiraban a compatibilizar la percepción de dicha pensión con el ejercicio de una profesión colegiada, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión alternativa.

Una reiterada doctrina administrativa de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social había venido interpretando que la actividad por cuenta propia realizada por el profesional colegiado integrado en la mutualidad no era incompatible con la pensión de jubilación, dado que dicha incorporación no determinaba su integración en el Sistema de la Seguridad Social.

⁴³ Véase, art. 110 LGSS.

Tras la reforma introducida en la breve y ambigua redacción originaria de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se suscitó la duda de si el mencionado criterio interpretativo podía haber perdido consistencia, dado que, con la mencionada modificación, en la citada disposición se determina que los profesionales colegiados que ejercen su actividad por cuenta propia “se entenderán incluidos en el campo de aplicación del RETA”, si bien la obligación de alta queda exonerada en los casos en que el interesado opte por incorporarse a la correspondiente mutualidad de previsión social.

Dado que no quedaba claro que, de la mencionada reforma, se derivara un cambio en el régimen de compatibilidad de la actividad de los aludidos profesionales colegiados en los supuestos en que se produjera su jubilación en cualquier Régimen del sistema, el Gobierno aprobó la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, para la regulación de esta materia, complementando el desarrollo reglamentario realizado al art. 165.1 LGSS por la Orden de 18 de enero de 1967. El artículo único de la mencionada Orden de 23 de mayo de 2011 extendió el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, se hallaran exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de que quedaran o no integrados en una de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA.

La reforma no tendría, sin embargo, un gran efecto inmediato, al no aplicarse el régimen de incompatibilidad en los supuestos en que la pensión de jubilación ya viniera compatibilizándose con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 23 de mayo de 2011⁴⁴, “así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad” aunque todavía no fueran pensionistas⁴⁵. Se trataba, en definitiva, de una reforma que extendía sus efectos hacia el futuro y que planteaba algunos interrogantes.

4.1.2. El restablecimiento de la compatibilidad

Las dudas de diferente índole suscitadas por la Orden TIN/1362/2011⁴⁶, unidas al rechazo del colectivo afectado, y a la oposición de algunos grupos parlamentarios, determinó el restablecimiento por la disposición adicional 37 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, del criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Orden⁴⁷, en

⁴⁴ En la Disposición final única de la Orden TIN/1362/2011 (BOE 26 de mayo de 2011) se establecía que la Orden entraría en vigor el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁴⁵ Inciso incorporado en la “corrección de errores” de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, publicada en el BOE de 4 de junio de 2011, que suavizó sustancialmente el impacto de la medida al dejar fuera del régimen de incompatibilidades a quienes tuvieran 65 años cumplidos.

⁴⁶ Tal como advierte TORTUERO PLAZA, J.L.: La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social), Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 129, aunque la regulación del régimen de compatibilidades estaba contenido en una Orden Ministerial preconstitucional, “no parece que el vehículo adecuado para completar hoy la ordenación fuera una Orden, lo que incorporaba dudas sobre su legalidad”.

⁴⁷ Crítica GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La reforma de la Jubilación Ordinaria”, VV.AA.: La Reforma de la Seguridad Social de 2011, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J. (Dir.), Lex Nova, Madrid, 2011, (...)

tanto en cuanto no se regulara mediante Ley la “compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”. Esta previsión entró en vigor el 2 de agosto de 2011, fecha de publicación de la Ley 27/2011⁴⁸.

El mandato impuesto al legislador por la citada disposición adicional 37 se cumplió sólo parcialmente por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, cuyo capítulo I permite, cuando se cumplen determinados requisitos, la compatibilidad entre el 50% de la pensión de jubilación y el trabajo, aunque sin dispensar un tratamiento “en condiciones de igualdad” para todas las actividades –como exigía la Ley 27/2011–, en la medida en que solo se aplica a los regímenes del sistema de la Seguridad Social –el Régimen de clases pasivas se regirá, no obstante, por su normativa específica (art.1.1)–, quedando excluidas las actividades no integradas en dicho sistema. Se obvia, de este modo, el espinoso supuesto de los profesionales colegiados no incluidos en el RETA, que mantienen el régimen de compatibilidad restablecido por la Ley 27/2011, que les permite disfrutar del 100% de su pensión.

El propósito perseguido por la Orden TIN/1362/2011, de ordenar en términos de igualdad el régimen de compatibilidad e incompatibilidad aplicable a los profesionales colegiados no integrados en el RETA, con los restantes pensionistas de jubilación, ha acabado cediendo frente a la tesis de que la nueva regulación suponía un desincentivo a la prolongación de la vida laboral de estos profesionales⁴⁹.

Pero se trata de un argumento cuestionable. La citada regulación reglamentaria no tenía otra pretensión que la de aplicar a los profesionales colegiados la misma regla de incompatibilidad que el artículo 165.1 LGSS impone a la generalidad de las personas trabajadoras. Como regla general, y sin perjuicio de las novedades introducidas por el RDL 5/2013, estos han de retrasar la solicitud de la pensión o suspender el percibo de la misma cuando aspiran a desarrollar una actividad por cuenta ajena o propia, so pena, en el supuesto de compatibilizar el percibo de la pensión con la obtención de rentas derivadas del trabajo, de ser sancionados con la suspensión de la prestación y de quedar obligados a devolver las cantidades indebidamente percibidas. En el momento de la aprobación de la Orden TIN/1362/2011, los trabajadores por cuenta ajena sólo podían compatibilizar trabajo y pensión en los casos de jubilación parcial y flexible, a cambio de una minoración en la cuantía de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista; tras la entrada en vigor del RDL 5/2013, también tienen permitido compatibilizar el 50% de la cuantía de la pensión de jubilación a que tengan derecho, con un trabajo a tiempo completo o parcial por cuenta propia o ajena, una vez alcanzada la edad legal de jubilación, y siempre que acrediten largas carreras de cotización.

pág. 135, la técnica utilizada por la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011, dado que no queda claro si lo que pretende es derogar en la práctica la Orden TIN/1362/2011, “lo que no parece, ya que esta Orden no se encuentra entre las normas citadas por la Disp. Derogatoria Única de la Ley 27/2011”.

⁴⁸ Véase el apartado 1.a) de la Disposición final duodécima de la Ley 27/2011.

⁴⁹ Véase, LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSANI GIMÉNEZ, D.: La reforma de la jubilación, Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 52.

La recuperación del criterio anterior a la Orden TIN/1362/2011, como mecanismo dirigido a incentivar la prolongación de la vida laboral de este colectivo, habría constituido una medida equitativa en el supuesto de haberse acompañado del establecimiento de una regulación análoga a la prevista para el supuesto de jubilación parcial y flexible (art. 165.1, párrafo segundo, LGSS), con la correspondiente reducción de la cuantía de la pensión percibida por el profesional colegiado. Previsiblemente, el legislador estaba contemplando una futura regulación de similar alcance cuando la Disposición adicional. 37 Ley 27/2011, previó que una futura Ley habría de regular la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando “el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”. Pero el RDL 5/2013 no ha cubierto tales expectativas; al no extender a estos profesionales el nuevo régimen que solo permite compatibilizar el 50% de la pensión con el desarrollo de una actividad, pueden seguir percibiendo de forma simultánea el 100% de sus rentas profesionales y el importe íntegro de su pensión de jubilación.

4.2. Profesionales colegiadas no integradas en el Sistema y protección por maternidad

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha denegado a las trabajadoras por cuenta propia –y en general, a las que desarrollan una actividad excluida del ámbito del ordenamiento laboral⁵⁰–, el derecho de ceder al padre parte del derecho al descanso por maternidad (art. 48.4 ET), y del correspondiente subsidio, al considerar que sólo las trabajadoras vinculadas mediante contrato de trabajo tienen reconocido tal derecho por parte del ordenamiento laboral⁵¹.

Ahora bien, en la actualidad, a efectos de la posibilidad de ceder al otro progenitor parte del descanso por maternidad, es distinta la posición de las autónomas excluidas del sistema de la Seguridad Social –estas no pueden transferir un derecho del que carecen–, que la de las integradas en el mismo, dado que el art. 1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo –por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural– extiende la normativa sobre la opción a favor del otro progenitor a todos los regímenes del sistema⁵².

Como sabemos, en el grupo de las autónomas excluidas del Sistema se sitúa un colectivo no muy amplio de trabajadoras de esta naturaleza, en el que están incluidas arquitectas, aparejadoras, procuradoras de los tribunales, ingenieras, médicas, gestoras administrativas, y abogadas, que no trabajan en régimen de dependencia y que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava LGSS 2015, se hallan exoneradas de la obligación de causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión

⁵⁰ Véase, STS de 28 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1882).

⁵¹ En este sentido, STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/6236).

⁵² Este Real Decreto es coherente con lo establecido en el art. 318 a) LGSS 2015, donde se prevé que será de aplicación al RETA, en “materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente”, de este cuerpo legal, norma en la que, asimismo, se prevé que “Los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena”.

social alternativa a este Régimen Especial. Una jurisprudencia consolidada les venía impidiendo transferir el descanso por maternidad al otro progenitor, bajo el argumento de que sólo puede ejercitar tal derecho la madre trabajadora encuadrada en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo, en la medida en que únicamente a ésta se le reconoce, *ex art. 48.4 ET*, el derecho a la suspensión contractual por maternidad⁵³.

A estas trabajadoras por cuenta propia, al no estar integradas en ningún régimen especial del sistema, no les resultaba aplicable la, entonces, disposición adicional undécima bis LGSS 1994 –hoy art. 318 a) LGSS 2015–, careciendo de protección por maternidad. Aunque la solución ofrecida por los órganos judiciales a esta problemática obstaculizaba la conciliación familiar y laboral de las aludidas profesionales, así como la de los padres de sus hijos (sin olvidar la desatención que provocaba en el recién nacido), e impedía la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el desarrollo de idéntica actividad profesional, tal interpretación era la única que permitía el tenor literal de la Ley, dado que, de un lado, estas autónomas no podían transferir al otro progenitor un derecho del que ellas mismas carecían, y de otro, el legislador no reconocía al padre, en estos casos, un derecho al descanso por nacimiento de hijo independiente del de la madre. Así lo interpretó tanto el Tribunal Constitucional español (STC 75/2011, de 19 de mayo) como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª, sentencia de 19 de septiembre de 2013)⁵⁴.

Acertadamente, la Ley de Igualdad, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, ha puesto fin a la desacertada regulación anterior de esta cuestión, mediante la adición de un nuevo párrafo al art. 48.4 ET, en el que se establece que, en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor, en el caso de ser trabajador por cuenta ajena, tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que le hubiera correspondido a la madre.

⁵³ Por todas, STS (Sala de lo Social), de 28 de diciembre de 2000, Recurso de Casación para unificación de doctrina nº. 1479/2000, P. D. Manuel Iglesias Cabero (madre registradora de la propiedad); STS (Sala de lo Social), de 20 de noviembre de 2001, Recurso de Casación para unificación de doctrina nº. 201/2001, P. D. Juan Francisco García Sánchez (madre abogada en ejercicio y cotizante a la Mutuality de la abogacía); STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social), de 17 de abril de 2001, Recurso de Suplicación nº 297/2001, P. D. José Méndez Holgado (madre procuradora de los tribunales, no incluida en el sistema de la Seguridad Social); y STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de mayo de 2006. Recurso de Suplicación nº 5311/2005. P. D. Miguel Ángel Sánchez Burriel (madre, médica por cuenta propia, afiliada a la Mutuality médica).

⁵⁴ En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida –en un supuesto en el que la madre, trabajadora por cuenta propia, es Procuradora de los Tribunales, y no ha optado por integrarse en el RETA sino por afiliarse a la Mutuality–, declara que las Directivas 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, y 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, “deben interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional como la controvertida (...), que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el período posterior a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, salvo en el caso de que exista un riesgo para la salud de ésta, mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social”.

Esta materia ha sido desarrollada reglamentariamente por el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo. En concreto, esta norma reconoce el derecho a la protección de maternidad al otro progenitor, cuando, en caso de parto, la madre fuera trabajadora por cuenta propia incorporada, en razón de su actividad profesional, a una mutualidad de previsión social establecida por el colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones, bien por no estar prevista la protección por maternidad en la mutualidad, bien, por no observar las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad por causas ajenas a su voluntad, pese a haber optado por incluir tal protección desde el momento en que pudo ejercitar la opción. Si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión alternativo al RETA, independientemente de su duración o cuantía, o si careciera del mismo por no haber incluido voluntariamente la cobertura de la prestación por maternidad, no se reconocerá el derecho al otro progenitor.

Por el contrario, el otro progenitor sí ostentará tal derecho cuando la madre –cabe entender que esta ha de ser trabajadora por cuenta propia, dada la ubicación sistemática de esta previsión– no estuviera incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa; situación que, en principio, sólo podría plantearse en el supuesto de profesionales colegiadas cuyo colegio profesional no tuviera una mutualidad alternativa, y que iniciaran su actividad antes del 10 de noviembre de 1995⁵⁵.

La regulación prevista en el art. 3.4 RD 295/2009 permite a la madre trabajadora sin derecho a prestaciones continuar ejerciendo su actividad profesional tras el alumbramiento –una vez que se produzca su recuperación física–, y que sea el padre –si reúne los requisitos pertinentes– quien disfrute del descanso por maternidad, para atender y cuidar de la criatura recién nacida. En este supuesto –al igual que en el caso del fallecimiento de la madre– el legislador reconoce al padre un derecho originario a la protección por maternidad biológica, permitiéndole disfrutar del período máximo de descanso establecido al efecto. En este caso, el bien jurídico que la norma tutela a través de la protección por maternidad no es, obviamente, la recuperación física de la madre, sino el cuidado del hijo, los derechos de conciliación del otro progenitor, y la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su

⁵⁵ Ello no obstante, la sala de lo social el TSJ de Murcia en sentencias 3 de noviembre de 2014 (Rec. 330/2014) y 30 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014), mediante una interpretación amplia de la previsión, aplica esta norma para reconocer el derecho a la protección por maternidad al padre en sendos supuestos de maternidad subrogada. En este sentido, la STSJ Murcia de 3 de noviembre de 2014 señala lo que sigue: «El RD 295/2009 de 6 de marzo contiene el desarrollo reglamentario de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y paternidad y, concretamente, en el artículo 3.4 contempla el supuesto de mujer trabajadora por cuenta propia que no tuviera derecho a prestación por maternidad, por no estar tal protección contemplada en la correspondiente mutualidad, en cuyo caso el otro progenitor tiene derecho al subsidio por maternidad, condicionando a que éste tenga derecho a disfrutar del descanso o suspensión de contrato por maternidad y el mismo derecho concede al otro progenitor "cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa". Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, pues la madre de sus dos hijos no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta puede ser ejercido por el padre. Tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido (o los adoptados o sujetos a acogimiento), por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica».

actividad profesional de la madre profesional colegiada sin derecho a prestaciones, persiguiéndose, con todo ello, un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

Ahora bien, la finalidad perseguida con esta regulación puede quedar sin efecto tras la entrada en vigor de la regulación prevista en la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy, disposición adicional 19ª LGSS 2015–, objeto de análisis en el apartado siguiente.

5. LA COBERTURA MÍNIMA DE LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL ALTERNATIVAS AL RETA

Desde el establecimiento, en el año 1995, del régimen de opción objeto de análisis, y hasta el año 2011, el legislador no había fijado medidas que garantizaran un mínimo de cobertura –en lo que se refiere al número y al tipo de prestaciones, así como a la suficiencia de las mismas– por parte de las mutualidades de previsión social. Por ello, como ya se ha señalado, el régimen de opción, tras una primera valoración como medida privilegiada, presenta una cara oculta que, tradicionalmente, se ha traducido en una protección social más reducida que la ofrecida por la Seguridad Social.

Para mejorar la tutela dispensada, la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy, la disposición adicional 19ª LGSS 2015– estableció la necesidad de que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA ofrecieran a sus afiliados, a partir del 1 de enero de 2013, “mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operen, de forma obligatoria”, un nivel mínimo de cobertura, en lo que se refiere a las contingencias cubiertas y a la intensidad de la protección dispensada⁵⁶:

1º) En cuanto a las contingencias cubiertas, el nivel mínimo se extiende a las contingencias de jubilación; incapacidad permanente; incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo; así como fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad. La norma omite la referencia a las prestaciones por cese de actividad (opcional en el RETA), riesgo durante la lactancia natural, y de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (de cobertura obligatoria en el RETA), con lo que se pone de manifiesto que el legislador, pese a la voluntad de mejora, renuncia a la plena equiparación, en cuanto al abanico de contingencias cubiertas, con el sistema de la Seguridad Social.

Pese a la pretendida “bondad” de la previsión, en lo que se refiere, específicamente, al disfrute de la prestación por maternidad, la nueva regulación puede suponer un retroceso para el ejercicio de los derechos de conciliación entre vida laboral, personal, y familiar del otro progenitor; lesionar el derecho a la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su actividad por parte de la profesional colegiada; y colocar en situación de eventual desamparo a la criatura recién nacida. No en vano, a partir del 1 de enero de 2013 las mutualidades alternativas han tenido que incluir obligatoriamente la cobertura de la prestación por maternidad, momento a partir del cual –independientemente de la duración de la prestación y de su cuantía, pues los niveles mínimos de ambos aspectos no están establecidas legalmente–, queda sin aplicación la previsión *ex art. 48.4 ET*, que extiende al padre el derecho al

⁵⁶ Sobre la materia, véase, ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “Un nuevo diseño para las Mutualidades alternativas al RETA”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, 2012, Parte Estudio (BIB 2012/133), pág. 1-13.

disfrute del permiso por maternidad (y de la correspondiente prestación) cuando la madre no tuviera cubierta esta contingencia de acuerdo con las normas que rigen su actividad (norma destinada, precisamente, a las profesionales colegiadas autónomas que, al amparo de lo establecido en la 19ª LGSS 2015, se hallen exoneradas de la obligación de causar alta en el RETA)⁵⁷. Así pues, aún en el supuesto de que la cuantía prevista de la prestación resultara insignificante y de que la duración del derecho al descanso ni siquiera alcanzara las seis semanas de descanso mínimo obligatorio previstas en la normativa laboral y de seguridad social, el otro progenitor no tendrá derecho a la protección por maternidad (sólo a la de paternidad), debiendo ambos progenitores reincorporarse a su actividad profesional de forma casi inmediata tras el alumbramiento, quedando, de este modo, desatendida la criatura recién nacida. Asimismo, la falta de una adecuada protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas, y la imposibilidad del disfrute de la prestación por parte del otro progenitor, desincentivan el acceso a estas profesiones por parte de las mujeres, vulnerando el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ejercicio de una actividad profesional.

De otro lado, resulta especialmente reprochable que dos de las tres contingencias no contempladas como obligatorias estén relacionadas con la protección de la salud de la madre lactante y de la criatura recién nacida, y con la conciliación entre la actividad profesional y la necesidad de cuidados de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tratándose de cuestiones íntimamente conectadas con el derecho fundamental a la vida y la integridad física, y con el deber de protección hacia los menores en situación de especial vulnerabilidad.

Todo ello pone de manifiesto que el derecho de conciliación entre vida laboral, personal y familiar de quienes ejercen una profesión colegiada, en general –hombres y mujeres–, y el derecho a la igualdad de oportunidades en el ejercicio de su actividad por parte de las profesionales colegiadas, en particular, no han sido adecuadamente garantizados por el legislador al establecer el nivel mínimo de cobertura de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA. Este déficit injustificado de cobertura debería ser especialmente valorado por las profesionales colegiadas al tiempo de ejercitar la opción por el Sistema de la Seguridad Social o la mutualidad de previsión social correspondiente, resultando el primero claramente más ventajoso para las mismas que el segundo, conclusión, que irremediablemente, nos conduce a una reflexión inquietante: ¿acaso la protección “tipo” dispensada por las mutualidades de previsión social alternativas sigue estando diseñada para los varones? Si la respuesta es positiva, nos encontramos con un argumento de enorme peso que exigiría suprimir el régimen de opción objeto de análisis, en la medida en que podría estar perpetuando roles de género y no garantizando adecuadamente el derecho a la igualdad de oportunidades de las profesionales colegiadas.

2º Por su parte, el nivel de protección se fija de acuerdo con dos reglas alternativas: la primera relacionada con el importe de la prestación a satisfacer por la mutualidad y la segunda con el importe de la cuota a abonar por el mutualista.

⁵⁷ FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Las mutualidades de previsión social: complemento y alternativa al sistema público de seguridad social”, cit., pág. 273.

De acuerdo con la primera regla, las prestaciones que se otorguen “cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas a que se refiere el punto anterior, un importe no inferior al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en dicho sistema de la Seguridad Social, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social”. Y, si “tales prestaciones adoptaran la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta”.

Esta regulación resuelta incompleta e insuficiente. De un lado, porque sólo permite establecer la cuantía mínima inicial de las pensiones, pero no de las prestaciones temporales, como la maternidad (con los nefastos efectos ya señalados que, de ello, se derivan en aras al logro de la corresponsabilidad, y al respeto de los derechos profesionales de la profesional colegiada y de conciliación del otro progenitor); y de otro, porque en la mayoría de las ocasiones se aplicará el segundo límite, más reducido (el importe de la pensión no contributiva) pues el 60% de las correspondientes cuantías mínimas es superior a la pensión no contributiva⁵⁸.

Y, por último, de acuerdo con la segunda regla, la obligación de la cuantía mínima de la prestación se entiende satisfecha cuando las cuotas a abonar por el mutualista, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la mutualidad alternativa, de entre las obligatorias citadas, equivalgan al 80 % de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el RETA. Se pretende evitar con esta medida que el esfuerzo de cotización a la mutualidad alternativa resulte insignificante, y que ello actúe como desincentivo al alta en el Sistema de la Seguridad Social. Dado que la cuota mínima del RETA es, para el 2016, de 267,04 €, y el 80% de dicha cifra se sitúa en 213,63 €, parece evidente, que, siendo la diferencia de cotización muy reducida –53 €–, ello puede actuar como estímulo para el alta en el RETA, sobre todo teniendo en cuenta que la protección que ofrece el Sistema ante las distintas situaciones de necesidad sigue siendo, pese a las mejoras establecidas, sensiblemente superior, especialmente en lo que atañe a la garantía del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la tutela de los derechos de conciliación.

Ahora bien, la medida favorecedora de la opción por la mutualidad alternativa, arriba descrita, establecida por la disposición adicional 46ª Ley 27/2011 –hoy contemplada en la disposición adicional 19ª LGSS 2015–, se vio en buena medida neutralizada, unos meses después, tras el cambio de gobierno, con la aprobación del RD 1192/2012, de 3 de agosto, que extendió la asistencia sanitaria a los colegiados no incorporados al RETA y con ingresos inferiores a 100.000 €. Es evidente que esta segunda previsión, a diferencia de la anterior, incentiva la opción por las mutualidades de previsión social alternativas, permitiendo, además, que el sistema incremente sus gastos y obtenga menores ingresos. Ello parece indicar que el legislador, dependiendo del signo político del gobierno de turno, adopta medidas opuestas sobre la materia, que incentivan, en unas ocasiones, y desincentivan en otras, el alta en el Sistema de los profesionales colegiados, pero que, hasta ahora no se han traducido en dar un paso firme y definitivo dirigido a la supresión del distorsionante y obsoleto “régimen de opción”.

⁵⁸ En este sentido, GARCÍA ROMERO, B.: “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa”, cit.

6. CONCLUSIONES

La facultad de optar entre una mutualidad privada y el RETA no casa bien con la obligatoriedad de nuestro Sistema y con el principio financiero de reparto. Tal como el Tribunal Constitucional precisó en su sentencia 68/1982, la propia naturaleza del Sistema de la Seguridad Social exige que su extensión se produzca de forma obligatoria a amplias colectividades pues, de admitirse la inclusión individual y facultativa, puede distorsionarse su sistema de financiación y de cobertura de riesgos. Esta afirmación alcanza hoy una gran actualidad, en un momento en el que vuelve a ser centro de atención prioritaria la viabilidad del sistema por déficit de cotizaciones.

El régimen de opción, desde el punto de vista de los profesionales a quienes se les aplica, presenta una doble cara. Por una parte, constituye un sistema privilegiado pues les faculta para elegir quedar fuera del Sistema de la Seguridad Social (con la consiguiente pérdida de cotizantes), lo que les permite, por ejemplo, eludir las normas sobre concurrencia con otras pensiones o sobre compatibilidad entre trabajo y pensión. Pero, por otro lado, y pese al mínimo de cobertura exigido por la Ley 27/2011 a las mutualidades de previsión social alternativas, la opción por estas últimas puede suponer un déficit de protección en prestaciones temporales tan relevantes como la maternidad, lo que facilita la perpetuación de los roles de género.