

Las profesiones liberales y la Seguridad Social

Victor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Recibido: 19.05.2011

Aceptado: 30.11.2011

Resumen: En el presente artículo se hace un análisis de la seguridad social en España haciendo referencia a su regulación y protección brindada a nivel constitucional y a su evolución histórica. De igual forma se menciona la situación de los abogados por cuenta ajena y por cuenta propia.

Palabras claves: *Seguridad Social, Constitución, Abogados, relación laboral.*

Abstract: *This article provides an analysis of social security in Spain with reference to the regulation and protection provided under the Constitution and its historical evolution. It is also mention the situation of self-employment lawyers and to the lawyers who works to others.*

Key words: *Social Security, Constitution, Lawyers, Labour relation.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Examen de la protección constitucional.—3. Abogados por cuenta ajena. 3.1. Abogado por cuenta ajena con relación laboral especial. 3.2. Abogado por cuenta ajena con relación laboral común.—4. Abogados por cuenta propia. 4.1. Los profesionales colegiados que ejercen la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa. 4.2. Los profesionales colegiados que ejercen su actividad a través de Sociedades profesionales. Disp. Adicional 5ª Ley 2/2007.—5. El abogado Público. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La protección social frente a los siniestros colectivos de ámbito profesional siempre se trató de alcanzar por todos los miembros de una sociedad, aunque unos lo hicieran con mejor fortuna que otros menos favorecidos por la muerte individual o colectiva. De ordinario, son los grupos más cultos y próximos al poder, no coyuntural, quienes idean y traducen la realidad de su tiempo aquel anhelo, lo que ciertamente tiene una aparición en la evolución de la historia social realmente remota, al menos en comparación con el origen de la protección social organizada ofrecida a los menos favorecidos cultural y económicamente hablando. Efectivamente, esta última no tendrá un encaje normativo sino tras el impulso general que alcanza la protección social de “las clases menesterosas” tras la expansión de las fuerzas motrices que alentaron el movimiento de ruptura con toda una etapa histórica como la representada por el medioevo, hecho definido en la Revolución Francesa.

Por el contrario, la protección frente al riesgo social había sido objeto de acogida por el ordenamiento romano para quienes no adolecían de menester alguno, al menos de índole insuperable, destinando su riqueza marginal a la cobertura de su patrimonio a través de fórmulas de protección indiferenciada, que, insuficientes para los grandes núcleos de población, sirvió a las castas profesionales adecuadamente, para obtener un equivalente económico suficiente.

Así, con fórmulas basadas en la solidaridad o en la ayuda mutua surge el papel protagonista de grupos o entes inicialmente naturales, que son desplazados por otros, poco a poco, de corte profesional fijando el más remoto origen de los Colegios profesionales o Collegia, a que el asociacionismo romano da lugar, a través de los artificium vel officium o temviores con una clara finalidad mutualista, de la que serían herederos los primeros Montepíos que fueron, en su día, instituidos, ya, bajo el aliento estatal, pero totalmente secularizados y subvencionados económicamente por el propio Estado, pero no para la masa de la población más deprimida, sino para actividades profesionales de altos ingresos –Militar, Ministerios, Reales Oficinas. Correos y Caminos, Real Armada, Corregidores, Alcaldes Mayores, etc.– es decir, para altos funcionarios.

Esta tendencia se ha mantenido, pese a la generalización y universalización de la Seguridad Social, a la que ha llegado por vía de la deslaborización progresiva, pese a la cual los grupos económicos de mayor capacidad autoproteccionista han buscado mecanismos de cobertura paralelos o complementarios a los ofrecidos por el sistema de la Seguridad Social, o, en algún caso, han tratado de reforzar, mantener o constituir, una situación de privilegio a través de la instauración de un Régimen especial peculiar.

No resulta inusual, en ningún sistema de Seguridad Social, este panorama, si bien es cierto que en los continentales, de financiación de corte contributivo y de origen latino han proliferado más estos intentos que en un principio han tratado, no siempre solidariamente, de buscar una protección especialmente cualificada y, en último grado, han buscado mecanismos de inserción en el Sistema General, de forma complementaria o sustitutoria, que hiciera encajable la innecesariedad en la búsqueda de fórmulas de análisis que permitieran examinar su real capacidad contributiva.

La tendencia histórica en la formación del campo de aplicación del Sistema Español de Seguridad Social, exige detenerse en el examen de su estructura pre-constitucional y post-constitucional, aunque ambas estén ligadas directamente al proceso de transformación de la población activa.

Según señala el profesor Amando de Miguel, son de destacar los siguientes fenómenos:

- Proletarización creciente de la población activa, matizada, en sus últimas fases, por los procesos adicionales de industrialización y terciarización.
- El estancamiento del sector primario, por su desfase con las nuevas técnicas de racionalización y modernización, propios de la fase de reconversión de la producción capitalista.

- La paulatina mayor inseguridad económica de las “viejas clases medias”, como consecuencia de los nuevos detentadores de la fuerza de concentración del capital.

Las primera manifestaciones de protección social, habían delimitado un mecanismo clasista, típico de la fase de aislamiento institucional de la industria, y lo que a partir de la década de los años 20 significó un rezagamiento para algún sector como el agrario, provocada para otros grupos profesionales, la desvinculación de éstos de los mecanismos de protección fijados para la industria y los servicios. A los Trabajadores de la mar, en ese camino, les seguirían los Socios de cooperativas de producción (con un complejísimo vaivén de inclusiones y exclusiones), el Servicio doméstico y los Funcionarios públicos, de forma similar a otros grupos en los que “la especialidad” es el resultado de la irreductible resistencia funcional del colectivo frente a las técnicas de protección de los trabajadores asalariados, como los Estudiantes, o los Trabajadores Autónomos.

Estas tardías incorporaciones, o los rechazos aún no justificados en la inserción de algún sector, ha supuesto incrementar los costes del régimen general, que, en nuestro país, con una inercia constante de superávit, ha resuelto a través de una presión sobre sujetos obligados y responsables, injustificada en el orden de! derecho comparado, los graves déficit continuamente arrasados por los Regímenes especiales, en un ambiente poco propicio para dejar de poner en duda si no son los sujetos del Régimen general quienes soportan su propia carga, la de los pasivos y la de los restantes colectivos del sistema, o si no es a cambio de esta transferencia de cargas hacia el trabajador por cuenta ajena como se ha logrado la ampliación del Campo de aplicación del Sistema.

En las Leyes básicas del sistema especial, no se articulan instrumentos suficientemente eficaces para procurar, la unidad, a medio, o largo plazo. El ambiguo deseo de homogeneidad de los Regímenes especiales con el Régimen general, expuesto en el art. 10.3 y 4 de la Ley de la Seguridad Social, no demuestra sino la enorme timidez de un legislador desbordado por un futuro, que, en este punto, no se presentaba, en verdad, con gran incertidumbre. No es, desgraciadamente, anecdótico que la posibilidad de que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, procurase la integración en el Régimen General de cualesquiera de los Regímenes especiales, sólo fuera utilizada con la incorporación inicial al Régimen general de los funcionarios de la Organización Sindical.

El vehículo más poderoso para la aproximación progresiva del Régimen general y los Regímenes especiales es en teoría el establecimiento de unas normas generales del Sistema, como exigía el título I de la Ley de Bases. Pero ese vehículo no será nada si no se establece un nuevo mecanismo de financiación en los Regímenes especiales, abandonando cómodas fórmulas de obtención de recursos que se han desentendido, por completo, de la capacidad contributiva de sus componentes.

En este punto no deja de ser revelador el hecho de que se fuerce el aumento de las cotizaciones en el Régimen general, para mantener un superávit, que permita, por vía de las transferencias a los Regímenes especiales, seguir siendo el verdadero sostén de éstos, aún a pesar de que la pretendida insuficiencia de autofinanciar algunas de ellas no deje de ser sino un simple tópico.

Evitar el crack a que está abocado nuestro sistema financiero empieza por exigir una normativa que permita analizar la capacidad contributiva real de todos y cada uno de los asegurados, atendiendo al parámetros de análoga naturaleza y de equivalente intensidad recaudatoria, desechando definitivamente simplistas mecanismos de obtención de recursos para importantes colectivos de altos niveles de recursos, bajo la excusa de que una estructuración diferente exigiría la fijación o el establecimiento de unas arterias de inspección harto complejas.

Resulta insostenible el actual estado de cosas en donde dentro del Régimen general se sigue atendiendo el caudal de recursos obtenidos por el asegurado en un período de tiempo no superior a un mes, al margen del nivel patrimonial del mismo, con lo que los trabajadores por cuenta ajena son objeto de tributación por unas bases de cotización proporcionales directamente a sus salarios, y que por lo que respecta a regímenes como el de Autónomos se acuda a una cuota ideal fijada por vía de previsiones actuariales, sin tener en cuenta para nada el incremento de rentabilidad obtenido por la actividad del propio asegurado, en un período de tiempo determinado. Con esto, se perpetúan los desajustes económicos y se evita la fijación de unos criterios impositivos uniformes.

Carece de sentido tanto que el titular de una importante cadena joyera tribute igual que un pequeño comerciante individual, y éste su vez, lo mismo que el propietario de una floreciente farmacia, como carece igualmente de sentido el que grandes colectivos de alta capacidad contributiva queden, por intereses de entes mutuales propios, fuera de la acción protectora y recaudadora de la Seguridad Social.

Ahora bien, en este punto y tocante al último extremo se hace preciso determinar cual sea el alcance de nuestro régimen complementario, a la vista del art. 41 de la Constitución, al igual que resulta indispensable precisar cual sea la consecuencia necesaria derivada de la naturaleza jurídica de la relación jurídica básica de Seguridad Social, así como de las instrumentales de afiliación, cotización y protección. En torno a esto, se podrá admitir o rechazar el hecho de que las actuales Mutualidades de las profesiones liberales, puedan seguir manteniendo la integración obligatoria en su seno de todos los colegiados. Igualmente se podrá admitir o rehusar el dato de la integración necesaria de tales colectivos en la Seguridad Social, en cuanto que integrados por ciudadanos susceptibles de sufrir daños patrimoniales, provocados por riesgos o contingencias que sean causas secundarias o primarias de estados de necesidad, recogidas dentro de la Acción Protectora de la Seguridad Social y, todo ello al margen de hipotéticas o aparentes dificultades económicas que inicialmente pudieran darse en tal sistema.

Por último y a la vista de la respuesta dada a las dos cuestiones anteriores, sería posible señalar qué alcance tendría la Acción protectora del Mutualismo colegial y en qué medida podrían acceder a los diversos estratos de la Seguridad Social.

Así pues, tres son las cuestiones que pasamos a analizar. Primero: carácter de la integración voluntaria u obligatoria a las Mutualidades Colegiales de las profesiones convencionalmente consideradas como liberales; Segundo: encuadramiento de dichos colectivos en el seno del Régimen especial de autónomos dentro del sistema vigente de Seguridad Social; Tercero: alcance de la acción Mutual colegial en el seno de la gestión de la Seguridad Social y posible intervención de aquélla en ésta.

La primera cuestión debe plantearse necesariamente al amparo del examen de la relación jurídica de Seguridad Social, en conexión con los parámetros de protección que ofrecen los diferentes estratos de la norma constitucional.

Para ello comenzaremos a analizar la relación jurídica básica de Seguridad Social, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, al objeto de poder llegar a la conclusión positiva o negativa referente a la existencia en ella, en su caso, de elementos voluntaristas que permitieran una no obligatoriedad de las relaciones jurídicas instrumentales. Esto es, si sería posible, dentro del marco de protección pública una Cotización no obligatoria o una Afiliación pactada, con factores de sinalagmaticidad o reciprocidad y por ende aplicación o no del art. 1124 del Código Civil. Ello significaría, en el caso de entender que no es posible tal encaje el que siendo la relación jurídica de Seguridad Social no sinalagmática, la asistencia y prestaciones complementarias, a que se refiere el art. 41 de la Constitución, son el único ámbito voluntarista de posible estructuración protectora con mecanismos de previsión social y, por tanto, dado el referido carácter, no será posible la integración obligatoria en los antedichos Colegios profesionales, puesto que los Colegiados en esa área, podrán aceptar o no la integración mutual correspondiente.

Así las cosas, es preciso examinar, en detalle, tales extremos para finalmente sentar las correspondientes conclusiones.

La relación jurídica de Seguridad Social, en conexión a la relación jurídica de seguros privados, tiene en común el tratarse de relaciones jurídicas de tracto sucesivo, onerosas y aleatorias, pero las distinguen, como diferencias fundamentales, el que en el aseguramiento privado existe, entre el pago de la prima y el pago de la indemnización, una sinalagmaticidad pura, por lo que le es aplicable a la misma, de forma directa, el contenido del art. 1124 del Código Civil.

Frente a esto, para con respecto a la relación jurídica básica de Seguridad Social, caben dos interrogantes:

1º. ¿Existe o no sinalagmaticidad?

2º. ¿Cuántas relaciones componen la relación jurídica básica de Seguridad Social?

Como respuesta ha habido una triple división doctrinal. Las dos primeras posiciones, admiten la gestión privada; la tercera la niega rotundamente.

A fuerza de sinceros, hay que reconocer que la primera postura doctrinal, en la que se partía de la existencia de sinalagmaticidad en la relación jurídica de Seguridad Social, se encuentra hoy parcialmente desechada como consecuencia del intervencionismo del principio de automaticidad de prestaciones.

La segunda posición doctrinal reconoce que no existe sinalagma funcional, precisamente por vía de la aceptación del principio de automaticidad de prestaciones, pero que sí se da un sinalagma genérica. Esta posición es la defendida por Venturi, Canella y Donati.

La tercera posición reconoce no existir sinalagma, en ningún caso.

En el seno de la relación jurídica de prestaciones, según esta postura, aparece una mera función asistencial, derivada del cumplimiento de un Servicio público. En la relación jurídica de cotización se da una función tributaria consecuente de la cuestión financiera propia de la mecánica contributiva de un sistema de Seguridad Social como el nuestro.

Es evidente que esta es la postura parcialmente acorde con nuestro ordenamiento jurídico, ya que las relaciones instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones, quedan parcialmente al margen de la intervención privada.

Igualmente, parece obvio que las áreas que afectan a la política nacional sólo admiten una intervención gestonaria privada limitada (protección a la familia, asistencia sanitaria o desempleo).

No cabe admitir, que en todos los casos el cumplimiento de la obligación de cotizar dependa del cumplimiento previo de la obligación de prestaciones y a la inversa.

Ciertamente en nuestro ordenamiento, es posible que, aún a pesar de haber habido cotizaciones, no nazcan prestaciones. Igualmente, es posible que las Entidades Gestoras puedan ser beneficiarias.

Además, nacen prestaciones en base de las cotizaciones imaginarias, con arreglo a la sentencia en interés de ley que admite que se compute, no la cotización ingresada, sino la cotización devengada. Por ello, el Reglamento General de Prestaciones, generaliza el principio de automaticidad en concordancia con el nivel de protección suficiente de la Constitución, sin que sea válido dar carácter constitutivo a la afiliación y al alta, pues va en contra de lo que dispone el art. 15 de la Ley de la Seguridad Social.

Siendo esta corriente doctrinal, se sustituye por el principio de correlatividad el de equivalencia, por ser un negocio oneroso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1274 del Código Civil, como señala Betti, ya que como se dice en dicho precepto se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa, o de un servicio, por la otra.

2. EXAMEN DE LA PROTECCION CONSTITUCIONAL

La relación jurídica básica de la Seguridad Social, ha de tener su encaje en el art. 41 de la Constitución y, del mismo, deducir el ámbito de la gestión

pública frente a la gestión privada. Dicho precepto recoge, a nuestro entender, el principio de la garantía institucional, así como la irreversibilidad de las normas en materia de Seguridad Social. Ello es evidente, si se analiza, respecto a la llamada por la doctrina alemana “línea de la garantía institucional”; las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la pretensión de la Generalidad de Cataluña, de suprimir las competencias de las Diputaciones Provinciales. Por lo demás, es evidente, en cuanto al segundo tema, que el art. 41 alude a la palabra “mantendrán” la que debe de enlazarse con un nivel de protección “suficiente. O el actual nivel de protección es suficiente o es insuficiente. Si lo primero, no tiene más remedio el poder público que conservar tal nivel. Si lo segundo, el nivel tendrá que ser mejorado, pero nunca reducido.

Por lo expuesto, es evidente que la interpretación del Profesor Persiani al art. 38 de la Constitución italiana (antecedente próximo de nuestro art. 41), es válida para nuestra norma suprema. El art. 41 recoge el principio de irreversibilidad de la norma en materia de Seguridad Social y, por lo tanto, toda reforma de la Seguridad Social de cara al futuro, tiene que verificarse bajo dicho prisma.

En base a ello, puede determinarse que la integración obligatoria de los Colegiados en las Mutualidades de previsión de los Colegios de las profesiones “liberales” no puede ahora ser obligatoria con carácter absoluto.

Por lo demás recuérdese que ya el art. 8 de la Ley de la Seguridad Social prohibía la afiliación múltiple obligatoria, de modo que los colectivos que pertenecieran por una de sus actividades a la Seguridad Social! (médicos, ingenieros en general, etc ...) no podían ser objeto de obligatoria integración en aquellas Mutualidades, lo que pese a la claridad de la norma debe significarse que se ha observado una actitud totalmente reacia a la aceptación de tal disposición, según la cual las personas comprendidas en el Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, no podrán estar incluidas, por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho sistema. Los sistemas de previsión obligatoria distintos de los regulados en esta Ley, que pudieran tener constituidos determinados grupos profesionales, se integrarán en su Régimen General o en los Regímenes Especiales, según proceda, siempre que resulte obligatoria la inclusión de los grupos mencionados en el campo de aplicación de dichos regímenes”, lo que se salva si se admite una integración opcional.

Respecto del encuadramiento de dichos colectivos en el seno del Régimen especial de autónomos, dentro del sistema vigente de Seguridad Social (segunda de las cuestiones comentadas), debe de observarse que si no cabe la obligatoriedad en la integración en el Sistema mutual colegial, el sujeto no queda suficientemente protegido, mientras que la Constitución sigue proclamando el derecho de todos los ciudadanos a la protección suficiente, frente a las situaciones de necesidad dentro de un Régimen público, por lo que si no se desea perpetuar un área de desigualdad, eliminados los obstáculos que ofrecía el ordenamiento, parece obvio pensar que al igual que se produjo la inte-

gración en aquel Régimen especial a los farmacéuticos, veterinarios, etc... debe de procederse a la absorción de estos de forma opcional.

El Tribunal Constitucional ha señalado, a este respecto, en el recurso de amparo 87/82, seguido a instancia de la doctora Pérez Puchalt, impugnando la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10-2-82, por la que se denegó la afiliación de dicha Sra. en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social que:

“El asunto que mediante la presente sentencia se resuelve, permite un doble tratamiento, pues desde un ángulo o punto de vista puede ser contemplado como un problema de legalidad ordinaria, mientras que desde otro ha de ser mirado en su relación con la Constitución y con los derechos fundamentales reconocidos en ella y por ella protegidos mediante la institución del recurso de amparo. Los planteamientos que contemplan de manera directa la legalidad ordinaria, a nosotros sólo nos pueden interesar en la medida en que condicionen el planteamiento del problema en el plano constitucional, hay que destacar que el presente asunto se plantea porque la recurrente, que es médico de profesión, pretende acogerse al régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos inicialmente el art. 7º de la Ley General de la Seguridad Social, exigió para la inclusión en la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el que figuraran integrados como tales en el sindicato a que correspondiera su actividad. Según la tesis mantenida en este asunto por la Magistratura de Trabajo nº 7 de Valencia, tras el art. 28 de la Constitución debe entenderse desaparecido el impedimento legal contenido en el art. 7 de la Ley General de la Seguridad Social, pero no ha quedado modificada la potestad del Gobierno para disponer la incorporación por grupos o conjuntos al sistema de Seguridad Social de trabajadores autónomos, ni la de condicionar tal incorporación, en aquellos casos a que el ejercicio profesional de los trabajadores en cuestión esté subordinado a la incorporación a un Colegio o asociación, a que la decisión la tomen los órganos de estas Corporaciones, de suerte que la incorporación a la Seguridad Social sea siempre colectiva y nunca individual y sea decidida por el Gobierno, previo acuerdo, cuando los conjuntos o grupos de trabajadores se encuentren necesariamente colegiados o asociados para llevar a cabo su ejercicio profesional, de los órganos rectores de tales Corporaciones con vigencia para toda la profesión”.

No es posible hablar de una lesión del art. 25, que establece el principio de legalidad de los delitos y de las infracciones, así como de las penas y de las sanciones, que obviamente no es aplicable al caso que debatimos, donde en modo alguno hay sanción o penalidad, pues no se ha privado a la demandante por vía de pena de un preexistente derecho.

Tampoco puede decirse que exista en nuestro caso violación del art. 28 de la Constitución. El mencionado precepto consagra la libertad sindical ne-

gativa, que se define expresamente con la gráfica fórmula de que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato. Sin embargo, de ello no se puede extraer la consecuencia de que el derecho reconocido por el art. 28 de la Constitución, impida que el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen.

Para la afiliación en el Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, el art. 3º del Real Decreto de 20 de agosto de 1970, tras la modificación introducida por el Decreto de 24 de octubre de 1980, en relación con aquellas profesiones para cuyo ejercicio es necesaria una colegiación o asociación, exige, además de la decisión gubernamental, el acuerdo de los organismos corporativos de la profesión, lo que establece obviamente una diferencia de trato jurídico entre este conjunto de trabajadores, a que pertenece la demandante, y todos los demás.

Se trata de determinar si el trato que reciben los trabajadores autónomos, que necesitan para su ejercicio la incorporación colegial o asociativa, y los demás trabajadores autónomos, está o no justificada en orden a su afiliación a la Seguridad Social.

La doble coordinada de la sujeción obligatoria y de fa colectiva, que fue establecida en el Régimen especial de los Trabajadores Autónomos en los términos que resultan de los artículos 32 y concordantes de Derecho 1530/1970 no ha desaparecido en el Real Decreto 2504/1980. La sujeción obligatoria se sigue manteniendo en la nueva redacción del artículo 3º, tanto para los trabajadores por cuenta propia o autónomos que puedan denominarse genéricamente así, como para los trabajadores de este tipo que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional.

La inclusión obligatoria y colectiva se dispone por Orden Ministerial y se hace a propuesta o solicitud de los órganos representativos. del colegio o asociación profesional, lo que supone la voluntad del conjunto expresada democráticamente (art. 36 de la Constitución) que constituye el presupuesto que legitima la incorporación colectiva y obligatoria; pues, como hemos dicho, la naturaleza de! sistema de la Seguridad Social exige que la sujeción sea obligatoria y colectiva, 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, salvo que se admitiese la integración opcional.

La diferencia de trato, lejos de ser arbitraria y por ende discriminatoria, tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos como son, por una parte los derivados de la naturaleza del Sistema de la Seguridad Social y por otra, el hecho de que la incorporación al régimen de la misma de los distintos grupos de trabajadores, ha sido y es, necesariamente gradual y constituye una opción política legítima al posponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla él una previa negociación con el respectivo Colegio profesional.

Desde un punto de vista jurídico, parece obvio que el art. 7 de la Ley de la Seguridad Social 1, ya no pone obstáculo alguno a la integración en el seno del Sistema de la Seguridad Social, puesto que la afiliación no puede hoy ser obligatoria, lo que precisamente ha sido entendido así por la propia entidad gestora, cuando ha venido a considerar integrables a otros colectivos de profesionales como los antes mencionados: veterinarios-farmacéuticos, debiendo optarse por la integración opcional.

Podrán en principio los Colegios, como conjunto, negarse a adoptar la decisión de incorporación en bloque al Sistema de la Seguridad Social, o bien, podrán tomar un acuerdo negativo, más la primera postura y la segunda no deben ser atendidas, ya que de ser tomadas como válidas, ha de atenderse la situación creada en consecuencia para el colectivo. En un primer caso, dicho colectivo podría venir continuando bajo la obligación de integración, en un régimen mutualista colegial obligatorio. Ello hemos visto que resulta nulo. En un segundo caso, dicho colectivo con la sola capacidad de integración voluntaria en el ente Mutualista colegial, podría dar lugar, de hecho, a la existencia de ciudadanos sin protección social frente a los estados y situaciones de necesidad que le son propios.

El acuerdo de la Administración, desaparecido el obstáculo jurídico, no puede ser sino conforme con la petición individual de integración en el régimen especial correspondiente, pues un acuerdo denegatorio, sin base jurídica, iría, de hecho, a dejar sin la mínima protección que la Constitución ofrece a los ciudadanos respecto del peticionario.

En cuanto a la tercera cuestión, esto es, la determinación del alcance de la acción Mutualista colegialada en el seno de la gestión de la Seguridad Social y posible intervención de aquélla en ésta, se hace preciso examinar las siguientes cuestiones: Jurídicamente no es posible reducir el actual nivel de protección. En este extremo, es preciso detenerse para fijar cuales sean los verdaderos niveles que recoge el artículo 41 en cuanto a la protección de nuestro sistema de Seguridad Social y en función de la mayor o menor capacidad de acción de la gestión privada en tal sistema.

El art. 41 de la Constitución, tiene, en este extremo, sus orígenes en el art. 36 de lo que, con terminología zafia, se denominó segundo borrador. En este punto, da máxima luz la discusión parlamentaria que se llevó a cabo el 12 de julio de 1978, entre los señores Ciriaco de Vicente y Licinio de la Fuente. El quid de la cuestión, en cuanto a la acción privada en el seno de la Seguridad Social, viene dado por el último inciso, que no párrafo, del art. 41 que dice: “la asistencia y prestación complementaria, serán libres”. Por paradójico que parezca, tal inciso se debe a la enmienda presentada por el grupo socialista en el Congreso.

En base a tal exposición, se pueden reconducir los niveles de! sistema de Seguridad Social a los siguientes:

Un primer nivel ajeno al sistema de la Seguridad Social, en el que se establecerá una protección por el Estado, equivalente al llamado mínimo de sub-

sistencia, que puede quedar articulado a través de una protección básica o por vía de la fórmula del impuesto negativo sobre la renta.

Un segundo nivel mínimo del sistema de la Seguridad Social, en el cual las prestaciones tendrán que ser suficientes con arreglo a lo expuesto, que hay que ponerlo en equivalencia con el art. 35 de la misma Constitución, que alude a remuneraciones suficientes y pretende que estemos en un sistema contributivo en el que se ha de producir una equivalencia en el triángulo salario-cotización-prestación.

Un tercer nivel complementario-obligatorio que estará enlazado con el tope que marca el régimen público de Seguridad Social. En ese extremo, es indispensable hacer una consideración: el nivel complementario-obligatorio es absolutamente factible y entra de lleno en una solución acorde con el contexto del ordenamiento jurídico. Las prestaciones complementarias tienen en el mismo una definición precisa, que no tiene nada que ver con la intervención de la iniciativa privada. Así, la Ley básica de empleo reguló en un principio, en el Capítulo 3º, las llamadas prestaciones complementarias que no pueden ser otras que las que entrarían dentro de este nivel.

Y un cuarto y último nivel complementario-libre. El inciso final del art. 41 fue malamente copiado del antes referido art. 38 de la Constitución italiana. Sin embargo, dicha Constitución es, en este extremo, más claro. Allí se dice: “asistencia y prestaciones voluntarias serán libres”. En este punto, por lo tanto, hay que establecer que nuestro inciso final del art. 41 no significa, ni más ni menos, que un último nivel complementario-voluntario, en el que es posible una actuación de la iniciativa privada amplia, dado que la relación jurídica que servirá de base a tal protección, será sinalagmática y recíproca a diferencia de lo que sucede en la relación jurídica básica del 1º, 2º y 3º nivel.

Evidentemente, lo que no es posible es mantener o restaurar una Red anárquica de gestoras públicas o privadas, con superposición de funciones, acciones y actuaciones descontroladas.

Todo lo hasta aquí expuesto viene a ser conforme y coincide con la teoría del Consejo de Estado francés del Gestor privado de intereses públicos, en el sentido de facultar a un ente privado para la intervención en un servicio público.

Si queremos hablar de la Seguridad Social de los abogados, es absolutamente imprescindible partir de la forma en la que se acometa por los profesionales la forma de afrontar su ejercicio, pues a nadie se les escapa que tan noble tarea se puede afrontar, sin desmerecer ninguna de ellas, desde la valentía del emprendedor autónomo o desde la seguridad, entre comillas, del trabajador por cuenta ajena, público o privado.

Una u otra opción determinará inicialmente qué régimen acogerá, en su ámbito subjetivo de aplicación, al abogado, en unos casos el Régimen General de la Seguridad Social y en otros el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin olvidar su régimen alternativo de previsión social constituido por la Mutualidad de la Abogacía.

Sirva, como resumen, el que se recuerde, que existen dos sistemas alternativos que atienden la previsión social de los Abogados ejercientes, uno de ellos, la Mutuality de la Abogacía, y el otro, dentro del público de la Seguridad Social.

Históricamente, el sistema mutual era el único al que tenían acceso los Abogados ejercientes. No se debe perder de vista que desde antiguo los profesionales liberales se habían planteado la necesidad de autoprotgerse ante los imponderables a los que se veían sometidos. Los primeros precedentes apuntan a las edades antiguas, donde griegos y romanos habían desarrollado sociedades de socorro mutuo, que, con el discurrir del tiempo, se convirtieron en las tres instituciones fundamentales de previsión que arrancaron en la Edad Media y llegaron hasta la Moderna: los Gremios, las Hermandades de socorro y los Montepíos.

La Mutuality General de Abogados de España, tiene su origen en el año 1948, pasando a denominarse Mutuality General de la Abogacía de España, a partir del 19 de julio de 1951.

Con el tiempo y como veremos a continuación, los Abogados se podrán acogerse a uno u otro de estos sistemas, dependiendo, como se ha anticipado, de que realicen su actividad profesional por cuenta propia o por cuenta ajena. Es más, es posible que se simultaneen ambos sistemas de protección.

3. ABOGADOS POR CUENTA AJENA

El Licenciado en Derecho, inscrito en un Colegio profesional, que presta sus servicios profesionales para otro Abogado en ejercicio, lo puede realizar bajo un contrato de arrendamiento de servicios, sometido al ordenamiento civil, o a través de un contrato por cuenta ajena de carácter laboral, sometido al ordenamiento laboral, cuya calificación jurídica de dicha relación será laboral, en tanto concurren las notas esenciales previstas en los art.1-1 y 8-1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir cuando de forma voluntaria se presten servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario; cuando no concurren dichas notas diferenciales, el contrato habrá que considerarlo como civil, generalmente de arrendamientos de servicios.

Si la relación es laboral y se corresponde con la de un abogado dentro un Despacho, estará sometida a su regulación específica, según lo dispuesto en el RD 1331/2006, de 16 de noviembre, pero si se es Licenciado en Derecho, no dado de alta como ejerciente, o si se presta la actividad como abogado para una empresa o entidad pública o privada, que no tengan el carácter de Despacho de abogados, la naturaleza jurídica de dicha relación, vendrá dada, igualmente, por la concurrencia o no de los requisitos de ajeneidad y dependencia establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso se tratará de una laboral común que, necesariamente habrá de regularse por las normas comunes del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto que el RD 1331/06 solo regula una relación laboral de carácter especial cual es la de los Abogados entre si,

a través de un llamado Despacho profesional, quedando fuera de dicha regulación especial otras relaciones jurídicas.

Así pues dos son, fundamentalmente, los profesionales con los que en el ejercicio de la abogacía nos podemos encontrar, dentro de un contrato de trabajo, 1) el que presta servicios para una empresa, ejerciendo la abogacía por cuenta ajena, y 2) quien ejerce la abogacía, igualmente por cuenta de otro, bien en un Despacho profesional que reúne los requisitos del art. 28 del Estatuto General de la Abogacía, prestando sus servicios profesionales por cuenta ajena en ese Despacho de abogados, sea individual o colectivo.

Ciertamente, se trate de relación laboral común o especial la normativa de la Seguridad Social tiene un criterio claro, el encuadramiento lo será, siempre, en el Régimen General, ex art. 7.1^a) y 97.1 de la LGSS.

Efectivamente, en la actualidad, la relación laboral de un abogado puede ser especial o común, en función de que se presten servicios para un Despacho de abogados o para otro tipo de empresa, si bien, la especialidad de la relación laboral no implica particularidad alguna en materia de encuadramiento en la Seguridad Social, correspondiendo en ambos casos su integración en el Régimen General, artículo 7.1.a) LGSS¹, pero no es menos cierto, que su regulación ha influido en la situación de muchos profesionales en función de la situación en la que se encontraran a la entrada en vigor de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, como luego veremos.

3.1. Abogado por cuenta ajena con relación laboral especial

Se hace preciso comenzar por las cuestiones que han surgido al albur de esta relación laboral especial de nuevo cuño, que venía justificada en última instancia por algunas actuaciones de la Inspección de Trabajo, que no sólo en este ámbito profesional sino en otros muchos inició campañas dirigidas a la detección de irregularidades en materia de encuadramiento, siendo de todos conocido los procedimientos iniciados mediante Actas de infracción y liquidación de cuotas frente a grandes despachos, que tenían a sus Abogados en régimen de arrendamiento de servicios y, que, en última instancia, culminó con reformas legislativas, que en nuestro caso se plasmaron primero en la Ley

¹ Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

22/2005, en su Disposición Adicional primera², que contiene la correspondiente cláusula de amnistía inspectora³, siempre que a partir del 1-1-2006 quienes estén vinculados por esta relación especial fueran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

De esta manera, el legislador, una vez más, lo que por otra parte cada día es más habitual, en materia normativa, sin presión o sugerencia alguna, concedía un periodo más que dilatado en el tiempo, para regularizar situaciones que la propia ley consideraba manifiestamente ilegales. Es obvio que vivimos una época en la que se legisla, si así se puede llamar a golpe de “influencias”, (pone de relieve lo que acaece en la actualidad, consiguiendo resultados muy concretos en relación con la normativa laboral, a través de los llamados sindicatos más representativos y la CEOE con los dislates jurídicos que ello supone), pero no sólo eso sino que se otorgó una auténtica amnistía al no exigirse el abono de cuota

² DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos.

1. La actividad profesional de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo, tendrá la consideración de relación laboral de carácter especial, y ello sin perjuicio de la libertad e independencia que para el ejercicio de dicha actividad profesional reconocen las leyes o las normas éticas o deontológicas que resulten de aplicación.

No se considerarán incluidos en el ámbito de la relación laboral que se establece en esta disposición, los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o asociados con otros. Asimismo, tampoco estarán incluidas las colaboraciones que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos.

En los términos establecidos en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se podrán concertar contratos de trabajo en prácticas.

2. El Gobierno, en el plazo de doce meses, regulará mediante Real Decreto, la relación laboral a que se refiere el primer párrafo del apartado anterior.

3. Los abogados que estén incluidos en el ámbito de la relación laboral de carácter especial que se establece en el apartado 1 de esta disposición serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social el día primero del tercer mes siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley.

Los procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, que afecten a los abogados señalados en el párrafo anterior y se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la presente Ley, se resolverán de acuerdo con lo establecido en el citado párrafo.

No obstante lo anterior, se considerarán válidas a todos los efectos las cotizaciones que se hubieran realizado a la Seguridad Social por los referidos abogados con anterioridad a la fecha que se indica en el párrafo primero de este apartado.

³ En definitiva, la Ley 22/2005 establece una clara amnistía, declarando válido a los efectos de Seguridad Social todo lo acontecido en los despachos de abogados con anterioridad a su entrada en vigor: ni se van a exigir cotizaciones con carácter retroactivo por los trabajadores que no habían sido dados de alta (y de haber expedientes abiertos se resolverían atendiendo a que la fecha decisiva para valorar un posible incumplimiento sería la del 1 de febrero de 2006), ni se van a devolver las cotizaciones realizadas por los despachos que sí habían formalizado las relaciones laborales con sus empleados, o incluso por ellos mismos, en el hipotético caso de que hubieran estado cotizando al RETA por razón de esa actividad.

alguna de forma retroactiva en relación con aquellas situaciones, según la ley, irregulares, amparadas en arrendamientos de servicios, regímenes de colaboración o pasantías, que encubrían auténticas relaciones laborales por cuenta ajena.

No obstante lo anterior, no es menos cierto que existían Despachos en los que la normativa era observada y sus profesionales por cuenta ajena estaban correctamente encuadrados.

Por ello, la previsión normativa de la Ley 22/05 iba a exigir una nueva perspectiva en materia de encuadramiento de este colectivo.

La nueva regulación implicaba unos efectos inmediatos en materia de Seguridad Social y no pocas complicaciones frente a la ausencia de desarrollo reglamentario, que trataron de ser superadas por la Administración de la Seguridad Social, al amparo de su propio ordenamiento jurídico, relativas, como no, al encuadramiento, grupo de cotización, epígrafe de accidentes de trabajo, o a las consecuencias de la validez de las cotizaciones anteriores a la tan reiterada fecha de 1 de enero de 1996.

Las previsiones de la Disposición Adicional exigían, en efecto, del Servicio Común de la Seguridad Social, esto es de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando menos unas instrucciones, toda vez, que pese al mandato al Gobierno para que en el plazo de 12 meses regulara mediante Real Decreto, la citada relación especial. La Disposición Adicional de la Ley 22/05, exigía la inclusión de este colectivo el día primero del tercer mes siguiente a su entrada en vigor, y que se plasmaron, en primer lugar, en la Resolución de 21 de noviembre de 2001, por la que se impartían instrucciones para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los abogados, que mantienen una relación laboral de carácter especial⁴, ya que el alta no quedaba supeditada a la diligencia reglamentaria.

De este modo, y a los exclusivos efectos de su inclusión en el Régimen General, y dada la ausencia de desarrollo reglamentario se delimitaba el ámbito subjetivo con referencia a quienes ejercieran la abogacía para un Despacho de abogados, individual o colectivo, con carácter retribuido, por cuenta ajena y bajo la dirección de un titular. Así, se consideraba como Despacho colectivo el compuesto exclusivamente por dos o más abogados en ejercicio, agrupados bajo cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, cuyo único objeto fuera el ejercicio profesional de la abogacía, reuniendo las condiciones exigidas por el Art. 28 del Estatuto General de la Abogacía⁵.

⁴ BOE 23-11-2005

⁵ 1. Los Abogados podrán ejercer la Abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquier de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la Abogacía y estar integrada exclusivamente por Abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los Abogados que integren el despacho colectivo.

Obviamente, junto a este colectivo vinculado por esta relación de naturaleza especial, se encontraban primero aquellos profesionales a los que, no obstante ejercer la profesión por cuenta ajena, no les era de aplicación la Disposición adicional primera; es decir, aquellos que prestaban servicios en las condiciones previstas en el Art. 1.1 del E.T., no siendo el empresario, titular, individual o colectivo, de un Despacho de abogados (piénsese en el letrado de plantilla de una entidad financiera o de cualquier otra empresa), y segundo quienes, por mor de lo previsto en el Art. 97.2.a, de la LGSS, vinieran obligados a su encuadramiento en el Régimen General. Nos referimos aquí a los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, que, aún siendo miembros de sus órganos de gobierno, no tuvieran asignadas las funciones de gobierno y gerencia de la misma, ni dispusieran del control de su capital, pues su encuadramiento se producía por disposición expresa de la Ley, e, igualmente, en tercer lugar a quienes vinieran ejerciendo el cargo de administradores en las condiciones previstas por el artículo 97.2 k) de la Ley General

3. La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan. Los Abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes.

4. Los Abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

5. Los Abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna. Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

6. La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el Abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

8. Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

de la Seguridad Social, y actuasen simultáneamente como abogados por cuenta de la sociedad, los cuales quedarían incluidos en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a causa de su actividad como administradores, con independencia de las relaciones jurídicas que se puedan derivar de su actividad como abogados en el seno de la sociedad.

Este apartado segundo no quedó exento ni de polémica, ni de críticas, siendo acusada la Resolución de extralimitación, en relación con la función que tenía encomendada de pilotar “sin sangre” la regularización del colectivo; pero a los responsables de la Seguridad Social, con el ordenamiento en la mano, parece que no les quedaba otra posibilidad, toda vez que su encuadramiento, como hemos apuntado, en el Régimen General, venía expresamente regulado y, por tanto, no era susceptible de ser tributario de periodos de gracia.

Por ello, la Disposición adicional 70ª, de la LGP para 2006 (ley 30/2005, de 29 de diciembre), desdice –a modo de reprimenda– a la TGSS, al establecer que a todo socio de un Despacho, sin distinción, en materia de encuadramiento de Seguridad Social se le aplicará lo dispuesto en la Disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Esto obligó al Servicio Común a dictar de urgencia unas nuevas instrucciones interpretativas y aclaratorias de su predecesora a través de la resolución de 31 de diciembre de 2005, para la inclusión de quienes ejerzan la profesión *como socios en régimen de asociación, de tal forma que, todos los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia como socios en régimen de asociación con otros, bajo cualquiera de las modalidades, a las que alude el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, incluidas, por tanto, las sociedades mercantiles, les será de aplicación, a partir de 1 de enero de 2006, lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de supervisión y ordenación de los seguros privados, en la redacción dada por el artículo 33, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.*

Llegados a este punto observamos, como ya advertimos, que son distintas las situaciones en las que pudieron encontrarse los distintos profesionales, en atención a los efectos inmediatos que se imputaban en esta materia por la nueva regulación.

De esta forma, nos encontramos en primer lugar con quienes accedían a la profesión por cuenta ajena, en virtud de una relación laboral especial, ya que, una vez entrada en vigor, los efectos eran inmediatos y con ello su inclusión en el ámbito del Régimen General, y en segundo lugar, por otro lado, con quienes ya estaban dados de alta en este Régimen por estar trabajando por cuenta ajena, ya se tipificase la relación como común o especial, y, en tercer lugar quienes ya venían vinculados por una relación de esta naturaleza aunque camuflados como autónomos, colaboradores, prestadores de servicios o pasantes, que sólo vendrían obligados a su inclusión con efectos del 1 de febrero de 2006, siendo válidas las cotizaciones efectuadas a todos los efectos, en materia de prestaciones; produciéndose, de esta manera, una vez más, algo propio

de este País: el agravio comparativo de quienes veían que habían sido fieles observadores del cumplimiento de sus obligaciones, frente, aquellos otros, que habían mantenido situaciones irregulares y que veían cómo eran liberados del abono de cuotas y se les concedía un plazo más que flexible para regularizar su situación.

No debemos olvidar, a aquellos, que ni estaban encuadrados en el Régimen General, ni en el de Autónomos, es decir se hallaban extramuros del sistema de Seguridad Social. En este caso, por haber optado por incorporarse a la Mutualidad General de la Abogacía, los cuales también se verían obligados a causar alta en el Régimen General en tanto en cuanto concurriesen en su actividad las notas definitorias de la relación especial, con efectos también de 1 de febrero de 2006, sin que ello fuera óbice, naturalmente, para poder permanecer en la Mutualidad como régimen no ya alternativo sino complementario, recordando, que las cotizaciones a la Mutualidad no producirían efectos en materia de prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

A modo de conclusión, unos debieron ver regularizada su situación, y otros, cambiaron de encuadramiento, quedando debidamente encuadrados en el Régimen General, que al fin y a la postre tenía un mayor ámbito de cobertura prestacional que el de Autónomos.

En cualquier caso, La Ley 22/2005 consideró válidas, como no podía ser menos, a todos los efectos, las cotizaciones que se hubieran realizado a la Seguridad Social por los referidos Abogados con anterioridad a dicha fecha, pero no así las satisfechas a la Mutualidad de Previsión del Colegio Profesional (Instrucción Cuarta Resolución de 21 de noviembre de 2005), lo que como recordaba la Resolución impediría solicitar el reintegro de las cotizaciones realizadas “indebidamente” a otros Regímenes.

Como colofón reglamentario necesario, el Gobierno publica el Real Decreto 1331/2006 de 17 de noviembre, que regula el discutido régimen jurídico laboral especial, norma esta que ha sido objeto de numerosísimas críticas, doctrinales, profesionales y judiciales llegando a anular distintos artículos del mismo.

Llegados a este punto los responsables de la afiliación y alta del abogado que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un Despacho de abogados, individual o colectivo, serán según los casos, el abogado empleador persona física, o el abogado designado por el Despacho colectivo que no se haya dotado de personalidad jurídica, incluyéndose, también, en esta conclusión el supuesto de Despacho multidisciplinar.

Será importante, también, no olvidar el juego de responsabilidades vinculado al incumplimiento de obligaciones del empleador en materia de relaciones instrumentales de Seguridad Social (alta, cotización, etc.), pues, dependiendo de la forma por la que se decanten, con o sin personalidad jurídica, en el caso de los Despachos colectivos o multidisciplinarios, aquellas podrán derivarse a los socios.

En materia de cotización, la Resolución de 21 de noviembre de 2005, remite, como no podía ser de otra manera, al Régimen General y a sus normas de cotización. De esta forma, la base de cotización está constituida por todas las retribuciones que perciba o que tenga derecho a percibir el trabajador y que tengan naturaleza salarial. El grupo de cotización es el 1º, con lo que la base de cotización, en este momento no puede ser inferior a 1.045,20 euros ni superior a 3.230,10 euros, debiéndose cotizar por todos los conceptos que comprende el Régimen General, es decir incluyendo FO-GASA y Desempleo.

3.2. Abogado por cuenta ajena con relación laboral común

Ahora bien, los abogados pueden prestar sus servicios por cuenta ajena, bien en el régimen laboral común, bien dentro de la relación laboral especial. Estos últimos, son como hemos visto, los que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del colectivo de la organización y dirección del titular de un Despacho de abogados, individual o colectivo (Ley 22/2005 y RD 1331/2006).

Están dentro del régimen laboral común los abogados contratados por cuenta ajena por empresas que no son Despachos de abogados (Art. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, art. 27.4º del Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española).

El Tribunal Supremo ha manifestado que la calificación de una relación como laboral, solo es posible en función de las circunstancias concurrentes. Así, hay relación laboral cuando consta que el desempeño de la labor está sometido a reglas y directrices de la empresa, es supervisada y se realiza en las dependencias de la empresa, sometida a un control horario exhaustivo y percibiendo, a cambio, una cantidad fija, pues coinciden las circunstancias que evidencian su inclusión en el círculo de organización y dirección ajeno. En cambio, no es laboral cuando no hay instrucciones ni control sobre la prestación de servicios; tampoco se considera laboral aunque se concierte una iguala, por la que se obligue a llevar todos los pleitos del cliente, sin posibilidad de rechazar ninguno (STS 19.11.2007).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, ponen en evidencia las dificultades con las que frecuentemente se han enfrentado para discernir si entre la relación abogado empresa están presentes las notas de laboralidad, remitiéndose, como en tantas otras materias, al análisis de cada caso concreto.

⁶ La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad.

Partiendo de la prestación de servicios por cuenta ajena ex art. 7.1.a) y 97.1 de la LGSS, los abogados quedarán, en estos casos, incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.

4. ABOGADOS POR CUENTA PROPIA

4.1. Los profesionales colegiados que ejercen la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa.

Nos estamos refiriendo, obviamente, al profesional colegiado que ejerce la actividad por cuenta propia de forma personal, habitual y directa, en los términos del Art. 2 del Decreto 2530/70, de 20 de agosto.

No están incluidos en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial que regula el Real Decreto 1331/2006, que los excluye expresamente, al no considerar incluidos en el mismo a los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o agrupados con otros, como socios en régimen societario o bajo cualquier otra forma admitida en derecho.

Tradicionalmente, aquellos profesionales liberales, que, por mor de la actividad que desarrollaban, venían obligados a causar alta en un Colegio Profesional, solo venían obligados a incorporarse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando así lo hubieran solicitado sus órganos de representación y así quedara recogido en la correspondiente orden Ministerial. Recuérdese que se modificó el art. 3 del Decreto por el RD. 2503 /1980, para considerar sujetos incluidos en el RETA a aquellos trabajadores, de esta naturaleza, que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional lo cual se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante Orden Ministerial.

Posteriormente, la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y su Disposición Transitoria Quinta, párrafo tercero, apuesta por la inclusión obligatoria y colectiva en el RETA desde 10-11-1995⁷, si bien, se introduce, a posteriori, como novedad fundamental la

⁷ DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOQUINTA Redacción dada por el Art.33 de la Ley 50/1998). Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales.

1. Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.

Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que

configuración de la Mutualidades de Previsión Social como alternativas al RETA. De esta forma y a partir del 1 de enero de 1999, (la D.A. 15ª fue modificada por el Art. 33 de la Ley 50/1998 y derogado el párrafo tercero de la transitoria 5ª) los abogados por cuenta propia colegiados, no vendrán obligados a la afiliación al RETA, pudiendo optar por incorporarse a la Mutualidad de Previsión General de la Abogacía, es decir a su Mutualidad de Previsión Social, siempre que estuviese adaptada a las previsiones de la Disposición Transitoria 5ª, párrafo tercero, configurada como instrumento de protección y aseguramiento alternativos al RETA de la Seguridad Social.

Así las cosas, lo que realmente supuso la Ley 50/1998 fue una mutación, pues la decisión última en materia de integración en uno u otro régimen iba a pasar a ser objeto de la libre elección del colegiado con independencia de decisiones colectivas adoptadas por su Colegio profesional, algo sorprendente

se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

2. Quedarán exentos de la obligación de alta prevista en el primer párrafo del apartado anterior los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud.

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 las mencionadas en el apartado anterior, deberán solicitar el alta en dicho Régimen Especial en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma en el momento en que se lleve a término la adaptación prevenida en el apartado 3 de la disposición transitoria quinta de esta Ley. Si la citada adaptación hubiese tenido lugar antes del 1 de enero de 1999, mantendrá su validez la opción ejercitada por el interesado al amparo de lo establecido en la mencionada disposición transitoria.

3. En cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se llevará a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales.

desde una perspectiva de técnica legislativa, ya que el apartado tercero, del Art. 3, del D 2530/1970, expresamente no ha sido derogado.

De esta manera, en la actualidad, cada profesional puede optar por su encuadramiento en el Régimen público de Seguridad Social, en el RETA o por su incorporación en la Mutualidad, escogiendo con ello su modelo de protección social. En otras palabras, no existe una obligación de alta en el RETA, sino una obligación alternativa pudiendo optarse por la que se prefiera, en el bien entendido sentido de que si se opta por la de la inclusión en el Régimen Especial de Autónomos, esta es una opción de no retorno a diferencia de lo ocurriría en el caso contrario.

La opción del profesional por la Mutualidad General de la Abogacía es alternativa⁸ a la obligación de alta en el RETA, es decir, que no es preciso mantener el doble encuadramiento, sin perjuicio de que, no obstante, se puede optar por la inclusión en el Régimen General y mantener el alta en la Mutualidad, que actuará como un sistema de previsión complementario – hasta que al legislador, cuando menos lo esperemos, se le ocurra hacer incompatibles las prestaciones, causadas en unos y otro sistema.

Esta posibilidad de opción, no convierte a la Mutualidad de Previsión en una suerte de Régimen especial de Seguridad Social, pues aquella goza de autonomía propia y con su propio y específico régimen jurídico en todos los ámbitos, incluidos el prestacional. Tan es así que sería posible mantener el alta en el RETA y en la Mutualidad sin que a ello obstara a la prohibición acogida en el Art. 8.1 de la LGSS y así, no sólo es posible, sino frecuente, que los profesionales estén

⁸ STS Sala 4ª de 25 de enero de 2000 «la opción establecida por la ley 30/1995 no viene configurada como alternativa obligatoria entre la afiliación al RETA o la Mutualidad, sino como una opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos».

⁹ Martín Valverde “Asimismo, hay que tener en cuenta que la opción establecida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), no se configura como una obligación alternativa entre el alta en el RETA o en la Mutualidad de la Previsión de la Abogacía, sino como opción voluntaria que permite la pertenencia a ambas, según recoge la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 25-1-2000. Esta Sentencia declara que la normativa establecida en España a partir del año 1995 está encaminada a conseguir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el RETA, imponiéndoles la obligación de hacerlo, en dicho Régimen, salvo que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria, y para ello les da a los colegiados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen especial; pero es una opción vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro Régimen, sin que en ningún momento se haya dispuesto prohibición alguna de permanecer en ambos (STS 25-1-2000 [RJ 2000, 657]). En definitiva, no existe norma jurídica que ampare la incompatibilidad de la afiliación al RETA con la permanencia en la Mutualidad, sino que lo único que se prevé es la necesidad de figurar incorporado al uno o a la otra, sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos se dé”.

de alta tanto en uno como en otro. En definitiva, la Mutualidad de Previsión de la Abogacía se configura como Entidad de Previsión Social alternativa al RETA, pero no sustitutoria, con todas sus consecuencias

Del mismo modo es posible simultanear la actividad por cuenta ajena con la por cuenta propia, provocándose una situación de pluriactividad, lo que implicará un doble encuadramiento en el Régimen General y en el de Autónomos, o en la Mutualidad si la opción es por ella.

La opción, en estos casos por la Mutualidad no es baladí, ya que quien se jubile con cargo al Régimen General, podrá continuar ejerciendo como abogado, pese a no ser posible compatibilizar el cobro de la pensión con el trabajo, toda vez, que ello es así cuando el trabajo que se realice determine la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Por el contrario, más sutil ha estado el legislador cuando ha regulado las incompatibilidades en materia de Desempleo, ya que el Art. 221 impide su cobro cuando se realiza un trabajo por cuenta propia, aunque el mismo no exija, de forma obligatoria, su inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

En materia de Incapacidad Temporal, tampoco cabría la compatibilidad de su percibo con el alta en la Mutualidad como colegiado ejerciente, ya que se regula su pérdida o suspensión en aquellos supuestos en los que el beneficiario trabaje por cuenta ajena o propia (art. 132 de la LGSS)

El ámbito de la Acción Protectora es diferente en uno y otro sistema de aseguramiento, sin que por los mutualistas quepa exigir al Sistema público de protección su amparo, respecto del que únicamente podrán obtener las garantías propias del control y supervisión al que la Administración pública debe someter a las entidades aseguradoras.

Las pensiones de la Mutualidad no adquieren así, la calificación de pensiones públicas, por lo que no concurren a efectos de la aplicación del tope máximo de pensiones que cada año establecen la Leyes de Presupuestos.

4.2. Los profesionales colegiados que ejercen su actividad a través de Sociedades profesionales. Disp. Adicional 5ª Ley 2/2007

Cabe, también, que la actividad se encauce a través de una sociedad profesional¹⁰, que se reguló en la ley 2/2007 y, en lo relativo a la Seguridad Social

¹⁰ Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad

de sus integrantes, en su Disposición Adicional quinta¹¹, de tal forma, que, en estos casos, es posible optar por la Mutualidad de la Abogacía como alternativa al alta en RETA.

5. EL ABOGADO PÚBLICO

Los servicios como letrado por cuenta ajena no sólo pueden prestarse por un empresario privado sino, como anticipamos, para un empleador público, para la Administración, estatal, local o autonómica. Todas disponen de sus propios Servicios jurídicos unos con vocación más generalista, en atención a su dimensión; otros, más especializados, como serían los de la Administración del Estado o de la Seguridad Social, que dispone de Servicios jurídicos específicos para la defensa y asesoramiento de la Administración General del Estado, me refiero a los Abogados del Estado, o de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, que es defendida y asistida por unos Cuerpos especiales. Existen otros¹² en este ámbito, de la misma forma que las administraciones locales disponen de servicios jurídicos propios, con cuerpos específicos, a los que, por regla general se accede, igualmente, a través de procesos selectivos entre los que prima la oposición específica de acceso a los mismos.

Todos ellos son abogados, a los que no les es exigible la colegiación para el ejercicio de la abogacía, teniendo, incluso, reconocida la representación en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial¹³, y en las leyes exigida

los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en la Ley 2/2007.

¹¹ DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Régimen de Seguridad Social de los Socios Profesionales.

Los socios profesionales a los que se refiere el artículo 4.1.a de la presente Ley estarán, en lo que se refiere a la Seguridad Social, a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados.

¹² Letrados del FOGASA, del Servicio Público de Empleo, etc.

¹³ Art. 551 “1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto.

como la de la Jurisdicción Contencioso Administrativo o la de Procedimiento Laboral.

También ellos disponen de un sistema de protección social, que se concreta en unos casos, con el alta en el Régimen General de Seguridad Social como es el caso de los Letrados de la Seguridad Social, o con la inclusión en el régimen de Clases pasivas si nos referimos a los Abogados del Estado, o en su momento aquellos integrados en la MUNPAL, A letrados de Ayuntamientos o Corporaciones locales, integrados en el ámbito de aplicación del denominado Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, que venían recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), y que en la actualidad están integrado en el Régimen General, de acuerdo con lo preceptuado en el RD 480/1993.

6. BIBLIOGRAFIA

AAVV, *La legislación social en la historia de España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1987.

BAYÓN, G., E. PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1975-76.

CASAS BAHAMONDE, M^o, ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, (1^a ed. 1942) 2008.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2003.

DE LA VILLA, L. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Introducción a la Economía del Trabajo*, Colección Universitaria (Debate), Madrid, 1977.

JAVILLIER, J. J., *Derecho del Trabajo* (Trad. Cast. Departamento del Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid), Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1982.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

MOLERO MANGLANO, C., *El sistema normativo laboral*, Ed. Colex, Madrid, 1987.

MOLERO MANGLANO, C., *Fundamentos de las relaciones laborales colectivas*, Ed. Reus, Madrid, 1986.

MOLERO MANGLANO, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002.

MOLERO MANGLANO, C., *Nociones de Introducción al Derecho del Trabajo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1989.

MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1975.