



# INFORME INICIAL

Estudio jurídico sobre la previsión social de la abogacía

## Autores

Francisco Lozano Lares  
Francisco Vigo Serralvo  
Lucía Aragüez Valenzuela  
María Salas Porras

# Índice

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>2</b>
<b>I. ESTADO DE LA CUESTIÓN</b>	<b>3</b>
1.- Evolución histórica del régimen jurídico de la previsión social alternativa	3
2.- Insuficiencia prestacional y reivindicaciones de colectivos afectados	12
3.- Respuesta institucional (propuesta ministerial)	16
<b>II. ALEGATOS PARA UNA COBERTURA SUFICIENTE Y ADECUADA EN LA PREVISIÓN SOCIAL ALTERNATIVA</b>	<b>22</b>
1.- Las mutualidades de previsión social como entidades de Seguridad Social	22
2.- Universalidad y suficiencia de la Seguridad Social. La dimensión constitucional del complemento por mínimos	29
3.- Los principios de proporcionalidad, expectativa de derechos y de no discriminación	34
<b>III. ALGUNOS ALEGATOS CONTESTATARIOS A CONSIDERAR</b>	<b>43</b>
1.- Libertad legislativa para la configuración del sistema de Seguridad social	43
2.- Sostenibilidad del sistema y proporcionalidad entre la contribución y la cobertura	54
3.- La libertad de elección de los mutualistas posteriores a 1995	56
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>60</b>

## INTRODUCCIÓN

El informe cuya introducción abordamos tiene como finalidad preliminar ofrecer algunos puntos de anclaje para lo que pudiera ser *a posteriori* una más amplia y detallada investigación multidisciplinar sobre la previsión social de los profesionales de la abogacía.

La justificación de este estudio inicial -y de aquella más avanzada investigación- encuentra raigambre en las actuales demandas concretas de este colectivo profesional, las cuales pivotan sobre la necesidad de abundar en las posibles vías de cobertura ofrecidas por el sistema de protección social, sea bajo la fórmula de garantizar unas prestaciones contributivas mínimas, sea diseñando mecanismos de transferencia de aportaciones. Y ello porque el devenir de los años, juntamente con las últimas reformulaciones normativas de las mutualidades de previsión han provocado que el sistema de Seguridad Social no satisfaga plenamente, con relación a los profesionales de la abogacía, los principios de universalidad y atención a las situaciones menesterosas generadas, especialmente, por el cese de la actividad por razón de edad. De ahí que la configuración de esta primera aproximación a la temática que nos ocupa necesariamente haya de observar y abundar en los siguientes tres aspectos que se revelan de forma más detallada en el índice, la presentación del estado de la cuestión, y alegatos favorables y contestatarios a las propuestas de referencia.

En este contexto hemos de destacar que las argumentaciones que trasladamos en este primer estudio proceden del ámbito jurídico si bien, como apenas se ha referido, han de ser completadas y reforzadas, en ocasiones también relativizadas y rectificadas, por estudios financieros, actuariales y sociológicos, dos ramas del conocimiento estas que resultan tan esenciales para comprender la problemática y las soluciones posibles -y plausibles- como la que asume ahora la iniciativa.

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

### 1.- Evolución histórica del régimen jurídico de la previsión social alternativa

La evolución histórico normativa del régimen jurídico de la previsión social alternativa al sistema de Seguridad Social de los abogados puede ser dividida en dos grandes etapas: a) desde 1948, año de creación de la Mutualidad de la Abogacía, hasta la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; b) desde 1995 hasta la actualidad, etapa presidida por la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (vigente LGSS).

#### 1.1.- De 1948 a 1995

Por [Orden de 9 de diciembre de 1948](#) fueron aprobados los Estatutos de la Mutualidad General de Abogados de España (BOE nº 354, de 19 de diciembre), con naturaleza de *“institución de carácter benéfico-social”*, que tenía como finalidad *“primaria”* ofrecer a los mutualistas auxilios por defunción, pensiones por vejez y pensiones complementarias a los familiares de los mutualistas fallecidos (art. 2). En dicha Mutualidad tenían que ingresar necesariamente *“todos los Abogados en ejercicio residentes en territorio español y los que debidamente habilitados ejerzan en el Extranjero”* (art. 3).

Tras la entrada en vigor del [Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social](#), que daba vida al sistema español de Seguridad Social, este tipo de mutualidades parecían tener los días contados, puesto que en su art. 8.2, que contenía una prohibición de afiliación múltiple obligatoria, se indicaba que *“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”*.

La desaparición de este tipo de mutualidades obligatorias quedaría avalada además con la aprobación del [Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos](#), norma aún vigente, puesto que el tipo de actividad profesional realizado por los colegiados se ajustaba

plenamente a lo dispuesto en su art. Segundo. uno, donde quedó estipulado que se entendería *“como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas”*. De ese modo, todos los trabajadores autónomos o por cuenta propia, entre los que teóricamente se encontraban los profesionales de la abogacía, estaban obligados a incluirse en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) en virtud de lo dispuesto en el art. Tercero del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, siempre que fuesen *“mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil”* y residieran y ejercieran *“normalmente su actividad en el territorio nacional”*.

Aunque ese marco normativo fue continuado por la segunda gran codificación del sistema español de Seguridad Social, efectuado por [Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#), que mantuvo la numeración y literalidad del precedente art. 8, sobre prohibición de inclusión múltiple obligatoria, la Mutualidad General de Abogados de España se resistía a desaparecer, por lo que el Gobierno tuvo que realizar una modificación del art. 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto<sup>1</sup>, en virtud de la que se introducía un nuevo párrafo según el cual *“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”*. De ese modo, el Gobierno de entonces vino a corregir de alguna manera la anómala situación que suponía el hecho de que no se estuviera cumpliendo lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social, de ahí que se dejara en manos de los órganos de gobierno de los Colegios profesionales la integración en el RETA de sus respectivos colegiados.

Cabe imaginar que dicha modificación se hizo a instancia de los propios Colegios profesionales, interesados en seguir recibiendo fondos de los profesionales colegiados y quizás con la idea de que el sistema de capitalización colectiva y prestaciones definidas al que se acogían, les resultaría a la larga más beneficioso que el sistema de reparto propio del

---

<sup>1</sup> Efectuada por [Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, por el que se modifican los artículos 2.º y 3.º del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos](#).

sistema público de Seguridad Social, lo que, obviamente, fue una decisión sumamente desacertada, como el paso del tiempo ha puesto de manifiesto.

Ya en 1980, pues, el Consejo General de la Abogacía tuvo la oportunidad de integrar a todos sus colegiados en el RETA, como hicieron muchos otros colectivos profesionales. Sin embargo, apenas dos años después se aprobaba, por [Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio](#), el Estatuto General de la Abogacía, en cuyo art. 15.6) se forzaba a los colegiados a inscribirse obligatoriamente en la mutualidad de la abogacía, puesto que, para la incorporación a un Colegio de Abogados, se requería *“formalizar el ingreso en la Mutua General de Previsión de la Abogacía, a cuyo fin deberá acompañarse la pertinente solicitud suscrita por el interesado”*.

El panorama cambiaría sustancialmente, como ahora veremos, con la adopción de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, pero no cabe duda de que, hasta el año 1995, inclusive, los colegiados no tenían más opción que la de inscribirse obligatoriamente en la mutualidad de la abogacía, la cual, por tanto, no solo no poseía un carácter alternativo al sistema público de Seguridad Social, puesto que era la única vía de protección social, de naturaleza privada, con la que contaban los abogados, sino que, además, ofrecía prácticamente unos contratos de adhesión cuyos contenidos eran asumidos por los profesionales sin la menor posibilidad de negociación, o alteración.

## 1.2.- De 1995 a día de hoy

La [Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados](#), vino a regular las *“mutualidades de previsión social”* indicando que las mismas tendrían la consideración de *“entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras”* (art. 64.1). En consonancia con ello, la incorporación de los mutualistas a la mutualidad *“será en todo caso voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante, o bien de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los Colegios profesionales, salvo oposición expresa del colegiado”* [art. 64.3.e)].

La incardinación de la Mutua General de Previsión de la Abogacía en ese nuevo marco jurídico del aseguramiento privado se hizo a través de la Disposición adicional decimoquinta

de dicha Ley 30/1995, de 8 de noviembre, cuyo tenor literal era el siguiente: *“para personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 10.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se colegien en un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social. Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación podrán optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional”*.

O sea, que el legislador estableció la integración en el sistema público de Seguridad Social de todos aquellos profesionales que, ejerciendo una actividad por cuenta propia en los términos establecidos en la normativa de Seguridad Social, se colegiaran en un colegio profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, en cuyo caso sería *“obligatoria la afiliación a la Seguridad Social”*. Pero esa integración en el sistema público de Seguridad Social no se hacía mediante la afiliación obligatoria en el RETA, como hubiera procedido en aplicación de lo dispuesto en el art. 8 del [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#), que seguía reproduciendo la prohibición de la inclusión múltiple obligatoria en los mismos términos que el texto articulado de 1966, sino habilitando al profesional colegiado para optar por *“solicitar la afiliación y/o el alta”* en el RETA, o *“incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional”*, lo que implicaba, de forma consciente o no, que las mutualidades profesionales aún subsistentes pasaban a ser un fórmula de aseguramiento alternativo al RETA. A pesar de la dicción literal de la norma, habría que esperar hasta la Resolución de 24 de julio de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para que se estableciera de facto la opción personal del profesional colegiado para integrarse voluntariamente en el RETA.

De ese modo, la Mutua General de Previsión de la Abogacía, como el resto de mutualidades profesionales aún subsistentes, se convertían en unas mutualidades de previsión social *sui generis*, puesto que, sin perder su naturaleza de entidades de aseguramiento privado y voluntario, tal como indicaba el art. 64.1 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, eran algo más que una mera fórmula de previsión social de carácter complementario al régimen especial de autónomos del sistema público de Seguridad Social, dado que podían actuar como mecanismos de protección social alternativos al RETA para los profesionales colegiados que así lo decidieran.

La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sería posteriormente modificada por el art. 33 de la [Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social](#), indicándose entonces, con una redacción mucho más extensa pero en idéntico sentido, que *“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”*<sup>2</sup>.

Se trataba de una presunción legal de inclusión en el RETA que no resultaba operativa, sin embargo, para aquellos colegiados que *“opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutuality de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutuality 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 Mutuality correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad”*. Conviene recordar a este respecto que la Mutua General de Previsión de la Abogacía estaba constituida, como hemos podido comprobar, *“con anterioridad”* tanto al 10 de noviembre de 1995, fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, como al Reglamento de Entidades de Previsión Social de 1985.

O sea, que pese a lo que pudiera parecer *a priori*, dado el carácter imperativo de la presunción de inclusión en el RETA, la situación no difería en gran medida de la establecida en la versión inicial, puesto que se mantenía la opción por el RETA o por la Mutuality de Previsión Social del Colegio Profesional, que seguiría teniendo, pues, carácter alternativo al régimen especial de autónomos del sistema público de Seguridad Social. Sí que se venía a matizar ahora que

---

<sup>2</sup> Se preveía también la fecha en que debía producirse la inclusión en el RETA del siguiente modo: *“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 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”*.

la opción por el RETA era irreversible, puesto que si no se optaba por la mutualidad en el momento de tener derecho a ello, o sea al iniciarse la actividad profesional, no podría optarse por la mutualidad con posterioridad. Conviene advertir, no obstante, que ello no impedía al colegiado acogerse a la mutualidad cuando se hubiera optado por el RETA, pero en tal caso la mutualidad no actuaría como entidad de aseguramiento alternativa sino como fórmula de previsión social de carácter complementario al sistema público de Seguridad Social.

Esta nueva versión de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, también tuvo en cuenta la situación de los colegiados que hubieran iniciado su actividad antes del 10 de noviembre de 1995, fecha de entrada en vigor de dicha norma, para quienes la incorporación a la Mutualidad de Previsión Social del Colegio Profesional era obligatoria. Este colectivo quedó exento de la obligación de causar alta en el RETA, pero se les permitía *“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”*.

También se ocuparía de aclarar esta nueva versión de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que la inclusión en el RETA sería absolutamente voluntaria, llevándose a cabo *“sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales”*.

En consonancia con esas previsiones legales, el [Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española](#), tuvo que modificar el requisito de la obligatoriedad de afiliación a la mutualidad, tal como podía verse en su art. 13.2.d), donde se indicaba que la incorporación como ejerciente exigirá, entre otros requisitos, el de *“formalizar el ingreso en la Mutualidad General de la Abogacía o, en su caso, en el Régimen de Seguridad Social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente”*. Esa misma previsión se ha mantenido en el art. 9.i) del vigente [Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española](#), donde se indica que para colegiarse como profesional de la Abogacía deberá cumplirse, entre otros, el requisito de *“formalizar el alta en el Régimen de Seguridad Social que corresponda o, en su caso, el ingreso en una mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de conformidad con la legislación vigente”*.

El panorama normativo de la Mutualidad General de la Abogacía quedaba completado desde entonces con lo dispuesto en el [Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se](#)

[aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social](#), cuya Disposición transitoria primera, sobre adaptación al régimen de capitalización individual, establecía un “*plazo máximo de diez años para que las mutualidades de previsión social realicen el trasvase del régimen de capitalización colectiva al de capitalización individual presentando, a tal efecto, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de este Reglamento un plan que recoja el conjunto de hipótesis económico-actuariales adecuadas para efectuar tal trasvase*”. Para llevar a cabo el proceso de eliminación del régimen de capitalización colectiva, se establecía el plazo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento para que las mutualidades “*asignarán con suficiente separación financiera y contable los activos que corresponden a las nuevas incorporaciones de mutualistas a las que se aplicará el régimen de capitalización individual, quedando de todo lo anterior constancia en el libro de inversiones*”.

En términos generales podría decirse que, la década de los años 2000, a lo que a este informe afecta, se caracterizó por haberse producido una parte de las reformas más importantes que reorganizaría el régimen jurídico de las mutualidades de previsión social.

Así, para el caso de otros colectivos de profesionales como los notarios y corredores de comercio (que a posteriori quedarían integrados en un único cuerpo) -parangonables al caso de los abogados y los procuradores- se dictó el [RD 1505/2003, de 28 de noviembre, por el que se establece la inclusión de los miembros del Cuerpo único de Notarios en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos](#), el cual previó en su artículo 3 el contenido que de seguida se reproduce:

“Artículo 3. Integración de periodos de cotización.

1. Se considerarán acreditados como cotizados al citado régimen especial los periodos cotizados a la Mutualidad Notarial con anterioridad a la vigencia de este real decreto que se consignen en la certificación que a estos efectos expida la referida mutualidad.
2. Asimismo, se considerarán acreditados como cotizados al citado régimen especial los periodos cotizados a la Mutualidad de Corredores de Comercio Colegiados con anterioridad a la vigencia de este real decreto que se consignen en la certificación que a estos efectos expida la referida mutualidad.
3. A efectos del cálculo de las pensiones que se puedan causar en el citado régimen especial, los periodos cotizados hasta los 15 años anteriores a la fecha de efectos de este real decreto se tomarán por la base máxima vigente en cada momento cuando correspondan a períodos acreditados en la Mutualidad Notarial, y por las bases de cotización que se indican en el cuadro que se incorpora mediante el anexo de este real decreto cuando correspondan a períodos acreditados en la Mutualidad de Corredores de Comercio”.

Y, en concreto, la previsión social para el colectivo de la abogacía sería novedosamente regulada por el [Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados](#), que derogaba la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, dejando en vigor, no obstante, su Disposición adicional decimoquinta y habilitando al Gobierno para efectuar un desarrollo reglamentario de las mutualidades de previsión social que no llegó a producirse, continuando en vigor el ya citado Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre. A partir de 2005, por tanto, la prestación de jubilación de los mutualistas depende de las aportaciones realizadas de forma individual hasta la fecha más la rentabilidad acumulada neta de gastos.

La entrada en vigor de la cuarta gran codificación de la normativa de Seguridad Social, efectuada por el vigente [Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#) (LGSS) supuso, por un lado, la derogación de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, y, al mismo tiempo, la integración de su contenido en la Disposición adicional decimoctava de la propia LGSS, perpetuando así la opción por el RETA o por la mutualidad de previsión social alternativa.

Interesa traer a colación la STS núm. 856/2016 (Sala Contencioso-Administrativa; Ponente: Jesús Cudero Blas), en la que se abordaba el caso de un abogado que se dio de alta de forma simultánea en el Régimen General de la Seguridad Social (de marzo de 1974 a octubre de 2006), en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (de febrero 2007 hasta junio de 2013) y en la Mutualidad General de la Abogacía (de octubre 1975 hasta la fecha). En junio de 2013 solicitó el cese en el RETA para pasar a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional. Se le reconoció la pensión de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social y se le dio de baja en el RETA de oficio. Esta última decisión quedó revertida al constatar la TGSS que su deseo era continuar ejerciendo la profesión de abogado. Entendería entonces el TS, en línea con lo que ya hemos apuntado, que ninguna norma prohíbe estar de alta de forma simultánea en el RETA y en la Mutualidad, porque *“la pertenencia a las mismas puede complementar la afiliación o sustituirla”* (FD 3º). De ese modo, *“una vez efectuada la opción de afiliación y/o alta en el RETA, por parte de un profesional colegiado, la baja en dicho Régimen Especial no procede cuando se mantiene la actividad profesional en función de la cual se produjo el encuadramiento en el RETA, con independencia de que, simultáneamente el interesado también estuviese encuadrado en la Mutualidad alternativa, sin que, en consecuencia, pueda compatibilizarse la pensión de jubilación de Seguridad Social con la realización de la actividad por cuenta propia”*.

Al contenido de la Disposición adicional decimoctava de la LGSS se le añadió, en fin, a través de la [Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021](#), un punto cuatro en virtud del cual a todas las “*mutualidades de previsión social autorizadas para actuar como alternativas*” al RETA se les exigió, a partir del 1 de enero de 2021, poner a disposición de la TGSS, de forma telemática, “*una relación de los profesionales colegiados integrados en las mismas como alternativas al citado régimen especial en la que se indique expresamente la fecha en que quedó incluido cada uno de ellos, cuál es su actividad profesional y, en su caso, la fecha de baja en la mutualidad por cese de actividad*”.

## 2.- Insuficiencia prestacional y reivindicaciones de colectivos afectados

El contexto histórico anteriormente referenciado permite concluir que las principales reivindicaciones de los colectivos afectados tienen como causa no solo la diferencia de trato existente –y permanente en el tiempo– entre los profesionales que cotizan al RETA y aquellos otros que decidieron mantenerse en el sistema mutualista, sino entre las propias profesiones jurídicas, puesto que, como apenas se ha evidenciado, Notarios y Corredores de Comercio han seguido itinerarios en los que la asunción de responsabilidades –respecto a la previsión social– ha sido menor.

Cierto es que la Mutualidad de la Abogacía se ha caracterizado –también a día de hoy es posible confirmar esta enunciación si se accede al [Consejo General de la Abogacía Española](#)– por ofrecer mayores ventajas en cuanto a rendimientos netos, beneficios, altos porcentajes de rentabilidad de sus planes o productos y otras cuestiones que pueden presentar como más conveniente –en términos económicos– su afiliación.

Empero ello no podría llegar a justificar sea la permisividad por omisión, sea el diseño consciente, por parte del legislador ordinario de un sistema de previsión social *ad hoc* para un colectivo –como este de la abogacía– en que las cargas a asumir sean tan desproporcionadas que desfiguren el contenido esencial del artículo 41 CE. Así, pues, el mayor atractivo ofrecido por las mutuas de previsión social alternativa debió ser objeto de revisión, control e intervención por parte del legislador ordinario, dado que en un modelo de economía social de mercado y descentralizada<sup>3</sup> como es este que sustenta el Título Primero, Capítulo III CE, permite a la ciudadanía y a los operadores sociales, económicos y jurídicos

---

<sup>3</sup> Esta definición es la empleada por el Prof. Fernández Navarrete en su “El modelo económico español: una economía abierta y descentralizada”, *Estudios Internacionales*, nº 167 (2010), p. 210, accesible a través de <https://revistaei.uchile.cl> › REI › article › download, último acceso 15/04/2024.

confiar en que los poderes públicos velan por la necesaria proporcionalidad entre el principio de economía de mercado –art. 38 CE– y la planificación centralizada de la actividad económica –art. 131 CE–.

Así, pues, juntamente con las prohibiciones de adscripción al RETA –liberadas a partir de 1995, pero no materializadas hasta un lustro más tarde– el cambio al sistema de capitalización individual –en el año 2005– procediendo de otro colectivo, no han hecho sino sumar peso a los ya pesados fardos de responsabilidad previsor que soportaba el colectivo de la abogacía sin que, insistimos, se haya realizado ningún tipo de revisión por parte de los garantes de la antes referida proporcionalidad. Y es que, en concreto, a partir del año 2005 las aportaciones de los profesionales a las mutualidades alternativas han venido a configurarse, de facto, en una suerte de productos financieros en absoluto preocupados por garantizar la protección social mínima que el artículo 41 CE prevé para la ciudadanía trabajadora.

Con la intención de hacer visible los dispares resultados obtenidos de este tratamiento jurídico-normativo diferenciado, procedemos a reproducir el cuadro comparativo publicado por la Unión Profesional de Trabajadores Autónomos, referido a las mutualidades de la abogacía y la procura<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> Fuente: Unión Profesional de Trabajadores Autónomos: “Jubilación de los profesionales de la abogacía y procura por debajo del Ingreso Mínimo Vital”, disponible a través de la web: <https://upta.es/jubilacion-de-los-profesionales-de-la-abogacia-y-procura-por-debajo-del-ingreso-minimo-vital/>, último acceso 14/4/2024.

	<b>Mutualistas</b>	<b>RETA</b>
<b>Pensión de jubilación media tras 35 años de actividad</b>	Entre 300€ y 500€.	959,74€ (presumiendo una constante base de cotización mínima)
<b>Pensión de incapacidad permanente (media)</b>	No	884,61 €
<b>Pensión de viudedad (media)</b>	No.	646,48 €
<b>Pensión de orfandad (media)</b>	No.	413,02 €
<b>Incapacidad temporal</b>	30€/día (Máximo de 1 año en todo su ejercicio profesional)	Entre el 60% y 75% de la base reguladora durante el tiempo que esté de baja, con un máximo de 24 mensualidades y sin límite a lo largo de la vida profesional.

Con base en estos datos, la imposibilidad material de acceder a una prestación social suficiente –ex art. 41 CE– que garantice una vida digna –ex art. 10 CE– es el revulsivo que provoca la aparición de las reivindicaciones planteadas por, entre otros, el movimiento J2<sup>5</sup> y las asociaciones UPTA<sup>6</sup> o ANAMA<sup>7</sup>, reclamaciones convergentes, como no podía ser de otra forma, que pueden resumirse como sigue. Se centran, por un lado, en que el legislador ordinario garantice el acceso a las pensiones mínimas contributivas a quienes han aportado durante un número de años suficiente como para tener derecho a ello si las tales contribuciones se hubieran realizado al RETA. De otra parte, se requiere del legislador que diseñe un mecanismo que permita transferir las aportaciones hechas a las mutualidades

<sup>5</sup> Su origen, configuración y reclamaciones están publicadas en la web <https://movimientoj2.wordpress.com/>, último acceso en 15/04/2024.

<sup>6</sup> Para mayor información, consultar <https://upta.es/los-colegios-de-abogados-no-han-defendido-correctamente-los-intereses-de-sus-colegiados/>, último acceso en 15/04/2024.

<sup>7</sup> Esta asociación dispone de la siguiente web <https://asociacionanama.com/>, último acceso a fecha de 15/04/2024.

alternativas al RETA en orden a canjear (actuarialmente) el capital acumulado por años de cotización social. Es lo que popularmente se conoce como “pasarela”. Y, por último, “rescatar” íntegramente la aportación realizada a la Mutualidad. A ello se suma la lucha de evitar la equiparación fiscal de las cotizaciones o aportaciones realizadas en las mutualidades profesionales al sistema alternativo al RETA con un plan de pensiones/ahorro complementario.

La propuesta de pasarela para el RETA ofrece la posibilidad voluntaria a los profesionales de migrar del Sistema Mutualista Alternativo al RETA, con la opción de capitalizar sus aportaciones a la Mutualidad. Este cambio permitiría que la gran mayoría de los profesionales accedieran a una pensión media mínima decente (de unos 1.100 euros al mes), junto con una amplia cobertura social que incluye incapacidad temporal, accidentes laborales, pensiones de jubilación dignas, así como pensiones de orfandad y viudedad, entre otros. Es decir, en esencia, se proporcionaría toda la protección social que el actual sistema mutualista no puede garantizar. De hecho, esto supondría una capitalización de unos 3.600 millones de euros en contribuciones a la Seguridad Social proveniente de las mutualidades. Sin embargo, esta solución no es tan sencilla como en un principio pudiera parecer.

Esta propuesta –como además no podía ser de otro modo– ha sido frontalmente rechazada por parte de la Mutualidad o, al menos, para aquellos profesionales posteriores al año 1996 –donde tuvo lugar la modificación normativa–. La Mutua sigue apostando por la defensa del modelo de alternatividad para la previsión social de los profesionales autónomos y por un sistema de colaboración público-privado. Sin embargo, parece que expresan su conformidad con la reciente declaración del Gobierno de permitir a los mutualistas anteriores a 1996, que se encuentren en situación de vulnerabilidad –esto, de pobreza–, la opción de convertir el capital acumulado en la Mutualidad en períodos cotizados con la base mínima en el RETA, correspondiendo en este caso a la propia Seguridad Social establecer los criterios que considere más adecuados para facilitar esa transferencia. Sin embargo, con respecto a que esta situación pudiera extrapolarse al resto de profesionales, con independencia del periodo o la situación vulnerable, la Mutua muestra de manera clara su animadversión por razones legislativas y, sobre todo, desde el punto de vista económico.

Ante esta casuística, el Movimiento J2 y las dos asociaciones apenas mencionadas –ANAMA y UPTA– consideran que, más allá de la posible cobertura futura por parte del legislador y las repercusiones económicas que de ello se deriven –las cuales son ciertamente considerables–, parece que lo que está teniendo lugar es un negocio que no intenta preservar los intereses de los mutualistas ya que, teniendo presente el volumen de ahorro que vienen gestionando,

las pensiones –o rentas vitalicias temporales– son ciertamente mínimas. Por consiguiente, en sus manifestaciones principalmente demandan al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que pongan en marcha ese mecanismo de transferencia de contribuciones que permita a quienes lo deseen -y sin mayores aditivos o condicionantes- llevar al RETA sus aportaciones a la mutualidad.

Bajo este clima de intenso debate, debemos plantearnos qué posibles soluciones no sólo pueden considerarse como viables y transparentes -desde el punto de vista económico, legislativo y social-, sino cuál o cuáles resultan las más idóneas en términos de justicia dentro del marco constitucional.

### **3.- Respuesta institucional (propuesta ministerial)**

Desde hace varios años son numerosas las reclamaciones que al respecto de garantizar la suficiencia prestacional para el colectivo de la abogacía reivindican una respuesta institucional, la cual no se ha producido aún, al menos no de forma oficial, sino como una proposición materializada a través de la comparecencia voluntaria de la Ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones el día 07 de marzo de 2024 ante el Senado<sup>8</sup>.

Cierto es que con anterioridad a esta intervención, podemos rastrear y señalar algunas proposiciones no de ley –como la planteada por el ICA Madrid en junio de 2023 en los Parlamentos Autonómicos de Andalucía, Cantabria, Castilla-La Mancha, Canarias, Cataluña y Galicia, así como la presentada por el grupo Sumar al Congreso en noviembre también del 2023–. Sin embargo, y lógicamente, ninguna de estas ha desencadenado tantas reacciones como aquella que se enuncia en primer lugar.

---

<sup>8</sup> Ciertamente es que se han utilizado otros canales informales que por su propia idiosincrasia no debieran ser objeto de cita en un informe jurídico. Sin embargo, pesa más a juicio de estos investigadores la objetividad que la formalidad, motivo por el cual se visibiliza este tipo de comunicaciones siquiera sea en forma de nota. Así las cosas, nos permitimos referenciar que con fecha de 13 de abril de 2024, y conforme a la información vertida por uno de los diarios de tirada nacional, desde el canal de Telegram del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se ha informado que se ampliará a todos los mutualistas afiliados con anterioridad a 2005 la posibilidad de rescatar las cotizaciones acumuladas en las mutualidades alternativas, siempre que se encuentren -los mutualistas- en situación de vulnerabilidad. La información está disponible a través de la web <https://elpais.com/economia/2024-04-12/novedades-para-mutualistas-que-pasen-a-la-seguridad-social-deben-estar-en-la-mutua-antes-de-2005-y-mantendran-la-pluriactividad.html#>, último acceso a fecha de 15/04/2024.

En este sentido, nos permitimos el atrevimiento de reproducir íntegramente la comparecencia de la representante del Ministerio a fin de poder recurrir a las concretas expresiones empleadas sin temor a errores. Intervención que, anotado sea de paso, puede hallarse en la [página web del Senado](#) siendo nuestro último acceso a fecha de 09/04/2024:

*“Les quiero informar también de diversas medidas que vamos a impulsar para los mutualistas. Son medidas que van a mejorar el ámbito de protección de las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

*En primer lugar, el incremento de la cobertura mínima. Se va a incrementar progresivamente el importe de las cuotas a satisfacer por el mutualista, desde el 80 actual hasta el 100 de la base mínima de la escala general del régimen de autónomos. Se trata de equiparar las aportaciones de la mutualidad alternativa con las cotizaciones del RETA, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que permitirá mejorar las prestaciones de los mutualistas. Esta medida exige modificar la disposición adicional decimonovena de la Ley General de la Seguridad Social.*

*En segundo lugar, el encuadramiento obligatorio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, RETA. Queremos establecer a partir del 2027 la obligatoriedad del alta en el RETA para los nuevos profesionales colegiados, eliminando la opción de cobertura alternativa con una mutualidad. Los trabajadores que actualmente están en una mutualidad podrán continuar en ella. Para ello, se modificará la disposición adicional decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social, relativa al encuadramiento de los profesionales colegiados.*

*En tercer lugar, adoptaremos medidas específicas respecto a determinados colectivos. A este respecto, reconoceremos a los mutualistas anteriores a 1996 en situación actual de vulnerabilidad la posibilidad de optar por la conversión del capital acumulado en la mutualidad en períodos cotizados con la base mínima en el RETA. Dicho capital será transferido a la Tesorería General de la Seguridad Social.*

*Para hacer esto posible, realizaremos un cambio legislativo también de la Ley General de la Seguridad Social y un posterior desarrollo reglamentario que regule condiciones y procedimientos”.*

Se abordan, pues, distintas cuestiones que reclaman una reflexión, si quiera, en la medida en que podrían crear más confusión que arrojar claridad en el ya enmarañado contexto normativo en que se desenvuelve la previsión social de la abogacía.

Así, de un lado, se busca la total equiparación de las aportaciones a las mutualidades alternativas con las cotizaciones mínimas del RETA a fin de que mejoren sus prestaciones. En este sentido, independientemente de los plazos que se articulen para materializar tal previsión, sí que ha de quedar claro que solo podrán acogerse a ella los profesionales colegiados y mutualistas anteriores a 2027. Los de nueva colegiación a partir del año 2027 obligatoriamente habrán de afiliarse al RETA y no a las mutualidades alternativas. Ello nos lleva a plantear una cuestión relacionada con el difícil sostenimiento económico de las mutualidades cuando se produzca esta restricción en las afiliaciones y las aportaciones. Cabe recordar, en este sentido, que en el año 2005, las Mutuas abandonan el sistema de aportaciones al fondo común para dar paso al sistema de capitalización individual que es el vigente hasta la actualidad. Es decir, las Mutuas solo disponen de un máximo de 10 años de fondos colectivos para afrontar un hipotético abandono masivo de sus aportadores, lo cual podría dejar sin visos de recibir la pensión a un importante número de mutualistas cuya situación también se vería próxima a la vulnerabilidad. A ello ha de sumarse, como indicábamos en la nota número ocho de este informe, que las últimas noticias –informales– procedentes del Ministerio de Inclusión, la potencial sustracción de entre los miembros de este colectivo, de aquellos que se hubieran afiliado a las mutuas alternativas con anterioridad al año 2005, puesto que, para ellos, y siempre que cumplan con el requisito –no concretado aún– de la vulnerabilidad, también será extensible esta migración de aportaciones acumuladas. Por tanto, y de ser ciertas estas informaciones –insistimos nunca vertidas desde fuentes fidedignas y deseables en un Estado Social y de Derecho– la “pasarela” sería factible para afiliados a las mutualidades hasta 2005. Aunque más adelante en este estudio se abunda en las razones que justificarían tal decisión, baste por ahora y aquí con incidir en que, quizá la selección de este intervalo temporal se deba a que es el período en que mayor desprotección, en términos directos, ha sufrido el colectivo de la abogacía, puesto que, para los aportantes anteriores a 1995 no estaba permitido cotizar en el RETA y para los afiliados con posterioridad a 1995 y hasta 2005, se había garantizado un sistema de capitalización colectiva que, finalmente, desaparece por imperativo legal. La expectativa de derecho que poseían estos contribuyentes ha sido, a todas luces defraudada, sin preverse siquiera una alternativa válida o factible, lo cual se opone frontalmente a la más reciente doctrina emanada del TEDH, concretamente de sus pronunciamientos contenidos en las Sentencias de enero de 2023, asuntos Domenech Aradilla, Rodríguez González y Valverde Digón.

En otros términos expresado, si los mutualistas anteriores a 2005 traspasan sus cotizaciones al RETA -tal y como se prevé en tercer lugar en la comparecencia de la Ministra que de seguida comentamos- y los profesionales de la abogacía a partir de 2027 deben obligatoriamente cotizar en el RETA, la situación en que se deja a los mutualistas comprendidos en esas tres décadas es preocupante, máxime cuando solo en los dos últimos decenios la capitalización es individual. Se prevé, por tanto, que se genere un nutrido grupo de profesionales a quienes no puede garantizarse un mínimo indisponible de prestaciones. Mínimo este que, como se tendrá ocasión de abundar en el apartado III.1, bien podría justificarse que forma parte del contenido esencial del artículo 41 CE y, por ende, indisponible para el legislador ordinario quien habría de garantizarlo, so pena de conculcar el precepto constitucional.

Por último, indica la titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones que se adoptarán medidas específicas respecto del colectivo de profesionales mutualistas anteriores a 1996 -ampliado, parece al año 2005- cuando se hallen en situación de vulnerabilidad. Para ellos, que recordemos estuvo vetada la posibilidad de acceder al RETA, se reconocerá la posibilidad de optar por la conversión del capital acumulado en la mutualidad en períodos cotizados con la base mínima en el RETA. Y, las dudas que se nos plantean al respecto de esta propuesta son dos.

En primer lugar, se indica en la intervención de la Ministra, que esta conversión se regulará como opción para mutualistas anteriores a 1996 -o 2005- en situación actual de vulnerabilidad. Lo cual nos conduce a plantear si se trata de dos condiciones *sine qua non*: ser mutualista con anterioridad a 1996 -o 2005- y estar en condiciones de vulnerabilidad. El primero de los requisitos es fácilmente constatable y demostrable; el segundo no lo es tanto, puesto que si se deja para un posterior desarrollo reglamentario la “prueba de pobreza o de vulnerabilidad” podría incurrir en la causa de inconstitucionalidad hallada por el TC en su Sentencia nº 139/2016. Y es que en ella se declaró nulo el art. 1 del RD Ley 16/2012 que modificaba el art. 3.3 de la Ley 16/2003, precepto que excluía del acceso a la condición de asegurado a personas que sin vínculo con el sistema de Seguridad Social acreditasen no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Es esta expresión, esta deslegalización a la que se somete al art. 3.3 Ley 16/2003 la que se declara nula por la STC 139/2016 al disponer una remisión en blanco al reglamento -que se materializó en el RD 1192/2012 estableciendo el límite máximo de 100000 euros- respecto de una condición que es la clave de bóveda para aplicar la norma. El trato desigual que el legislador ordinario podría válidamente haber previsto -si no hubiera incurrido en el vaciamiento que indica el TC- está justificado en que el art. 43 CE sea considerado principio rector constitucional dirigido a

orientar y determinar la actuación de los poderes públicos. De ahí que el desarrollo del art. 43 CE esté sometido a la regulación que el legislador ordinario realice, respetando el mandato constitucional. La ubicación sistemática del art. 43 CE permite hacer una remisión a la libertad de configuración reconocida al legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 CE.

Ello exige que sea una norma con rango de ley la que disponga cuál va a ser el umbral de vulnerabilidad -léase de pobreza- a partir del cual se permitiría a los mutualistas -anteriores a 1996- optar por solicitar la conversión de su capital acumulado en la Mutualidad en períodos cotizados con la base mínima en el RETA.

En segundo lugar, para el caso de que fuera válida -desde la perspectiva de la técnica legislativa- la configuración de esta “pasarela” para estos concretos supuestos, ello no evita y tampoco solventa otros tipos de situaciones. Estamos pensando en qué sucede si, una vez, convertido el capital acumulado en la Mutualidad en períodos cotizados en RETA, el solicitante que teniendo derecho a una pensión contributiva no alcance la cuantía de la pensión mínima, o bien no pudiera acceder siquiera a la pensión contributiva por carecer de aportaciones suficientes.

Para el primero de estos casos entendemos que sería plenamente aplicable el mecanismo de compensación a mínimos contenido en el artículo 59 LGSS, puesto que el solicitante -tras la conversión de sus aportaciones- sí sería incluido en el colectivo de “beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social” dado que la falla se produce en la cuantía de la pensión, pero no en reunir los requisitos para ser titular.

En el segundo supuesto, sin embargo, dado que el ex mutualista no reúne los requisitos para ser beneficiario de una pensión contributiva, tampoco podría acceder al complemento a mínimos. De forma que la situación de vulnerabilidad se perpetuará y no podría ser solventada por la modificación legislativa que plantea la Ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Las fórmulas para salvar este obstáculo son dos: considerar contribuyente del sistema de Seguridad Social al ex mutualista -lo cual no conlleva ninguna otra modificación legislativa como se plantea en el apartado II.1-, o bien desvincular el referido complemento del hecho de ser perceptor de pensión contributiva. A este respecto, y sin intención de agotar aquí el tema -por motivos de espacio, pero, especialmente porque este es un informe puramente aproximativo al estado de la cuestión- lo cual exigiría una potencial regulación que suponga

una expansión de los sujetos protegidos. Esta decisión solo sería resultado de una política de extensión -más o menos progresiva- cuya decisión única y última corresponde al legislador ordinario nacional, puesto que conforme al FJ 6.c) STC 139/2016 “es al legislador ordinario a quien corresponde esta decisión, no constituyendo transgresión de derecho alguno si el razonamiento sobre el que se sostiene es la vulneración de la igualdad en el acceso a una prestación cuyo sostén económico procede de los tributos nacionales. El Estado pone su poder de gasto al servicio de una concreta política no solo para garantizar un uso racional de las prestaciones y servicios necesarios para tutelar un bien público, sino también con el objetivo de llevar a cabo una adecuada y razonable distribución de unos recursos públicos escasos frente a necesidades de protección siempre crecientes, fines ambos de inequívoco interés público”.

El complemento de mínimos adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de Seguridad Social -aunque se financian con cargo al Presupuesto del Estado- y el derecho a recibir la pensión complementaria, y hasta el momento no se percibe que exista esta voluntad de desligarlo de la contributividad, si bien hay que subrayar que el cambio de criterio o su estatismo en nada afectaría la constitucionalidad de la regulación actual. Y ello porque la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer a cualquier persona.

En este sentido, señala el Prof. Sempere Navarro<sup>9</sup> que el complemento por mínimos se considera “prestación de naturaleza complementaria con autonomía propia”, en tanto que ha de ser reconocido en favor de quienes cumplan los requisitos específicos exigidos en las correspondientes normas reguladoras, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza.

Ello permite inferir que, de forma paralela a lo que acontece si los mutualistas anteriores a 1996 no solicitan la transferencia de aportaciones al RETA, quienes lo hagan, siguiendo las indicaciones de la futura nueva regulación, y no alcancen el mínimo para ser beneficiarios de pensión contributiva, serán titulares de prestaciones no contributivas, las cuales se someterán a los procedimientos de actualización previstos para el resto de la ciudadanía. Lo cual, como venimos diciendo, sería igualmente aplicable a aquellos mutualistas anteriores a 2005, respecto de quienes aun estando pendientes de la concreción de esta otra iniciativa estimamos que la misma responde a una razón de justicia bien elemental: la de admitir la

---

<sup>9</sup> El entrecomillado procede del estudio rubricado “Umbral de ingresos para lucrar el complemento a mínimos: pensiones tributariamente exentas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 10/2022, pp. 1-10, pp. 5 y 6. Concretamente en estas páginas se alude a la STS 11 octubre 2017, rcud. 3911/2015.

transición de aquellos sujetos que, por ministerio de ley, vieron drásticamente alterado el régimen de previsión social que habían escogido para la cobertura de sus prestaciones. Quienes se asociaron a una mutualidad de previsión social alternativa antes entre el año 1995 y el 2005 -vid. supra régimen jurídico histórico del mutualismo de previsión social alternativo- pudieron escoger entre este y el RETA, pero en uno y otro caso optaban por un sistema mixto de reparto-capitalización. El cambio sustancial que se les impuso institucionalmente, y la imposibilidad de recuperar con rentabilidad las contribuciones efectuadas a la correspondiente mutualidad, justifica desde un punto de vista de justicia material este nuevo criterio de ampliación anunciado ministerialmente. De consolidarse la propuesta recientemente comunicada, se estaría dejando al margen del mecanismo de transición solo a aquellos sujetos que ingresaron en la mutualidad a partir de 2005. Es decir, desde el punto de vista adoptado por el momento en las propuestas ministeriales, se excluiría a aquellos sujetos que, pudiendo optar entre la mutualidad de previsión social alternativa y el régimen especial de trabajadores autónomos, escogieron la primera de estas opciones aun a sabiendas de que al hacerlo ingresaban en un sistema de capitalización individual. Aunque la provisionalidad de las propuestas nos hace pronunciarnos sobre las razones que justifican la integración de todo el colectivo de mutualistas en el régimen especial de autónomos, dedicaremos una especial atención a los mutualistas posteriores a 2005 en la medida que son estos los únicos que quedarían al margen de la precitada e hipotética reforma, a pesar de que, según defendemos, también existen razones para justificar su incorporación.

## II. ALEGATOS PARA UNA COBERTURA SUFICIENTE Y ADECUADA EN LA PREVISIÓN SOCIAL ALTERNATIVA

### 1.- Las mutualidades de previsión social como entidades de Seguridad Social

Un punto clave en nuestra línea argumental lo encontramos en el artículo 41 de la Constitución, según el cual: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Copiamos su literalidad para reparar en la segunda de sus oraciones, la que afirma la liberalidad de la asistencia y las prestaciones complementarias. Si estas, entendidas como previsiones adicionales a la Seguridad Social, son libres, *a sensu contrario* cabría defender que esta última, la Seguridad Social, es obligatoria. Ello se refuerza por la imposición que recae sobre el legislador de vertebrar un régimen de Seguridad Social *para todos*. Uno y otro criterio interpretativo nos mueven a sostener que la participación en la Seguridad Social no puede ser dispositiva o voluntaria para los ciudadanos<sup>10</sup>.

Si reparamos en las razones político-normativas que justifican esta obligatoriedad, son varias. La más eminente es la vocación paternalista que asume el Estado social al introducir determinadas limitaciones legales a la libertad de autodeterminación del individuo, para orientar su conducta hacia patrones de vida que se han estimado socialmente beneméritos o ventajosos<sup>11</sup>. Esta opción político-normativa, que podrá o no aprobarse desde un punto de vista sustantivo, es incuestionable desde una posición estrictamente descriptiva: el Estado social contemporáneo, con distinto grado de intensidad, atenúa el principio liberal de autoresponsabilización, sujetando al ciudadano a determinadas limitaciones con las que se

<sup>10</sup> Sobre la obligatoriedad de la Seguridad Social "Conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción Seguridad Social no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho Comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia (cuyo valor interpretativo es claro, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE y de la consagración de la tutela frente a riesgos sociales como un derecho humano) muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos [...] No otras son las consecuencias que se deducen del fundamental artículo 1 del Reglamento (CEE) núm. 1248/92, del Consejo y del Convenio 102 O.I.T.". STC 206/1997 de 27 de noviembre.

<sup>11</sup> Dieterlen, Paulette, "Paternalismo y estado de bienestar", *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 175-194.

procura la mejor satisfacción de sus necesidades, según han sido estas estimadas exógena y centralizadamente. Este planteamiento, de añadidura, no siempre implica una subestimación del individuo ni de su capacidad racional de elección, sino que asume la existencia de diversos factores que pueden conducirles a la toma de decisiones equivocadas o perjudiciales. En palabras de Gerald Dworkin:

“Estos son casos donde es racional para los individuos rechazar la posibilidad de hacer ciertas elecciones sobre la base de que si las elecciones estuvieran disponibles se verían tentados de adoptarlas y reconocen por adelantado que tomar tales decisiones sería dañoso en términos de sus intereses a largo plazo.

La aplicación de esta línea de razonamiento a la legislación de estupefacientes, procedimientos de internamiento civil y provisiones de la seguridad social es obvia. No se necesita suponer que siempre tememos ser arrastrados por fuertes emociones cuando aprobamos ver reducidas nuestras oportunidades. Podemos simplemente temer a la confusión o al error. Yo no querría tener una bomba conectada a un número que podría marcar en mi teléfono, porque podría marcarlo por error”<sup>12</sup>.

Entre los factores o circunstancias concomitantes que pueden distorsionar la elección racional del individuo está, es bien sabido, la situación de necesidad en la que este se halla y que lo mueve a transigir en sus expectativas o preferencias vitales<sup>13</sup>. Ese es el planteamiento que justifica la aparición de un Derecho semipúblico, el Derecho social, que somete la voluntad individual a determinadas restricciones que tienen por fin tutelar al individuo necesitado. El salario mínimo o el límite máximo de jornada implican evidentes recortes sobre la capacidad contractual de las partes de la relación laboral, pero tales medidas procuran que la más débil

---

<sup>12</sup> Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 76. Visto en Alemany García, Macario, *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, Universidad de Alicante, 2005, p. 114.

<sup>13</sup> Entre las explicaciones que se han encontrado a la falta de previsión del individuo, aisladamente considerado, está la preferencia innata por aquellas acciones que satisfacen intereses a corto plazo. En palabras de David Hume: “Cuando reflexiono sobre una acción que habré de realizar dentro de un año, prefiero siempre el bien mayor, sin importarme si en ese momento estará más o menos próximo; ninguna diferencia al respecto influye en mis actuales intenciones y decisiones [...]. Pero cuando me voy acercando a la fecha, las circunstancias que al principio no había tenido en cuenta comienzan a cobrar importancia e influyen en mi conducta y en mis afectos. Surge ahora una inclinación especial hacia el presente y me resulta ya difícil adherirme inflexiblemente a mi intención y resolución primeras. Esta debilidad natural puedo lamentarla en alto grado y procurar por todos los medios posibles liberarme de ella. Puedo recurrir al estudio y a la reflexión o al consejo de los amigos, a la frecuente meditación y a la reiterada resolución. Y habiendo experimentado cuán ineficaz es todo ello, puedo recurrir con alegría a cualquier otro medio mediante el cual me puedo imponer una restricción a mí mismo y me protejo frente a la flaqueza”. Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 311.

de las mismas, el operario, no transija excesivamente en la devaluación de sus condiciones laborales fomentando una competencia bajista entre trabajadores. Esta misma lógica es la que inspiró la aparición de los primeros seguros sociales y, sobre todo, la que justificó su obligatoriedad. Así se pronunciaba uno de los observadores de este proceso de conformación de la legislación social:

“En este grupo [de legislación social] se pueden incluir y clasificar aquellas leyes, hoy difundidas por todos los Estados modernos, que instituyen y regulan las providencias conocidas bajo el nombre de seguros sociales. El Estado, conocedor del escaso espíritu de previsión de las clases trabajadoras especialmente en los países en que, por falta de desarrollo industrial o por otras razones, es bajo el nivel de los salarios-, y no menos conocedor de las consecuencias dolorosas que de ello se derivan para dichas clases y para la sociedad entera, impone a los obreros la obligación de asegurarse contra los riesgos físicos y económicos, a que como trabajadores y como hombres están sujetos, llamando casi siempre a los dadores de trabajo a participar en mayor o menor medida en esta carga relativa y concurriendo con frecuencia a este fin el Estado mismo. También estas normas, por el motivo antes dicho, son de carácter obligatorio, y, por tanto, inderogables”<sup>14</sup>.

A esta lógica, como decíamos, es a la que responde la universalidad de la Seguridad Social que proclama el art. 41 de nuestra Carta Magna. Entendida la Seguridad Social como un derecho-obligación –la universalidad del precepto es en este sentido equivalente a su obligatoriedad–, de modo que no es potestativo para los agentes integrarse o no en la misma. Con eso se buscaría, al tiempo que generar una participación solidaria en la realización de los fines tuitivos del Estado social, impedir que nadie, acuciado por la necesidad u otros elementos distorsionadores de la elección, evada su participación en este sistema de aseguramiento.

De admitirse esta hipótesis, que el artículo 41 de la Constitución impone un mandato de participación en la Seguridad Social, cabría adoptar dos posiciones en relación con el tema que abordamos: 1) Entender que el legislador ha inobservado este mandato constitucional, al convertir la inclusión en la Seguridad Social en algo voluntario para los mutualistas de previsión alternativa. 2) Estimar que tales entidades de previsión forman parte de la Seguridad Social, en sentido estricto, y que, por tanto, el régimen alternativo aplicable a este colectivo satisface el precitado mandato constitucional. A nuestro modo de ver, es esta segunda hipótesis la que debe prevalecer. Y ello por varias razones:

---

<sup>14</sup> Balella, Juan, *Lecciones de legislación de trabajo*, Madrid, Ed. Reus, 1933, p. 3.

De entrada, un argumento en favor de esta tesis dentro de nuestro Derecho positivo lo encontramos en la ya derogada Disposición adicional decimoquinta de la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* sobre Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales. Según allí se leía:

Para personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 10.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se colegien en un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial será obligatoria la afiliación a la Seguridad Social. *Al objeto de dar cumplimiento a dicha obligación podrán optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional (la cursiva es nuestra).*

En términos lógicos, la disposición extractada impone la obligación de integrarse en la Seguridad Social, y admite dos formas alternativas de satisfacerla: la afiliación en el RETA o la incorporación en la respectiva mutualidad de previsión social alternativa. Es por eso, y esta es una idea nuclear en nuestra argumentación, que la afiliación a la mutualidad, en estos casos, no es una decisión libre, sino una obligación, por alternativa que esta sea. Es en esa obligatoriedad donde encontramos el principal alegato para su inclusión conceptual en la Seguridad Social. A partir de esa nota, la obligatoriedad, en modo alguno cabrá incluir a las mutualidades de previsión social en el segundo apartado del art. 41 CE'78, como mecanismos de asistencia y previsión social complementaria, los cuales son, según destaca el precepto, libres.

Por lo demás, no debe extrañarnos que, vigente dicho marco normativo, multitud de voces doctrinales caracterizasen las mutualidades de previsión social como componentes integrados de la Seguridad Social. Se habló entonces de una *privatización* parcial en la gestión de la Seguridad Social, desde el entendimiento de que el carácter público de este sistema, que es impuesto por la Constitución no se opone a métodos privados de gestión<sup>15</sup>. Precisamente, el carácter público de la tutela dispensada es lo que reclamaba la supervisión institucional de las entidades privadas que participaban en la misma y, en última instancia, la

---

<sup>15</sup> López Cumbre, Lourdes, *La participación privada en el sistema de protección social español. Resumen ejecutivo*, Madrid, Ministerio de empleo y Seguridad Social, 2012.

responsabilidad subsidiaria del Estado<sup>16</sup>. Esa fue al menos la opinión que expresaron Borrajo Dacruz y Caldés Lizana al referirse a este nuevo paradigma:

“Se ha expuesto la necesidad de reconocer la libertad en la gestión de la previsión social, por parte de entidades autónomas, con largos años de experiencia satisfactoria, bajo la garantía, eso sí, del Estado, en su concepto más amplio, y, por tanto, de su ordenación y disciplina. Si esto, que no es privatización de la Seguridad Social, sino una suma de esfuerzos coordinados de Estado y Sociedad para que funcione eficaz y justamente aquella Seguridad, no se hace, crearemos un nuevo Leviathan, que se destruirá a sí mismo por su gigantismo inmanejable. Esta es, además, la llamada en esta Ponencia «solución europea», que es la que propugnamos. En ella las Mutualidades, Cajas de Previsión o Fondos, integrados por profesionales libres, tienen una gran tarea por delante”<sup>17</sup>.

Solo así, por otro lado, se pudo entender y legitimar la obligatoriedad de la incorporación a la mutualidad que estuvo vigente hasta el año 1995: presentando esta como un mecanismo de Seguridad Social que satisface las previsiones del art. 41 de la Constitución. Y es que, si bien la incorporación a la mutualidad pudo imponerse en el sistema de protección social preconstitucional, el nuevo marco jurídico-político surgido tras la transición parecía oponerse frontalmente a la misma, sobre todo en la medida en que reconoció el derecho fundamental de libre asociación y sindicación. Solo caracterizando a las mutualidades de previsión social como entes de la Seguridad Social es como el Tribunal Constitucional pudo inadmitir los recursos de amparo de quienes, en los albores de la etapa constitucional, se oponían a su incorporación a la correspondiente mutualidad de previsión social –a la sazón– sustitutoria. Así se lee, por todas, en la STC 244/1991, de 16 de diciembre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), cuya extensa cita nos permitimos:

“La afiliación forzosa ha de contar con una base directa o indirecta en los mandatos constitucionales, de forma que esa limitación de la libertad del individuo «sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por

---

<sup>16</sup> “Cuando el artículo 41 de la CE dispone la obligación para los poderes públicos de mantener «un régimen público de Seguridad Social» está indicando abiertamente que la Seguridad Social se concibe como un servicio oficial de cuya responsabilidad el Poder establecido no puede desentenderse”. Cavas Martínez, Faustino, “El modelo Constitucional de Seguridad social”, *Estudios Financieros*, n.º 128, pp. 75-92, p. 80.

<sup>17</sup> Borrajo Dacruz, Efrén y Caldés Lizana, Juan, “Problemática de la coexistencia de Sistemas de Seguridad Social a nivel estatal, en el que se hallen incluidos los abogados, con sistemas de previsión social constituidos exclusivamente por abogados. Estudio de las estructuras de las Cajas o Mutualidades propias de los abogados y de sus relaciones con los sistemas generales de Seguridad Social a nivel Estatal”, *II Ponencia presentada al IV Congreso Internacional de Previsión y Seguridad Social del Abogado*, Madrid, 1984.

la imposibilidad o al menos dificultad de obtener tal fin sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo» (fundamento jurídico 7º, STC 132/1989).

Resulta necesario, en consecuencia, para que sea constitucionalmente admisible esa pertenencia obligatoria a una entidad de carácter asociativo, que sea necesaria para asegurar la consecución y tutela de determinados fines públicos, constitucionalmente relevantes, siempre que ello no viole al mismo tiempo un derecho o principio constitucionalmente garantizado (por ejemplo, la libertad ideológica o religiosa del art. 16.1 CE). Para responder a la denunciada violación de la lesión del derecho negativo de asociación, hemos de examinar, en consecuencia, si las dos entidades de referencia pueden ser calificadas jurídicamente como entidades de carácter asociativo, y si, de ser así, la pertenencia obligatoria a las mismas puede justificarse constitucionalmente por la relevancia constitucional del fin público que se persigue, y por la imposibilidad o especial dificultad de obtener tal fin sin la adscripción forzosa que en la demanda se impugna.

[...]

La cuestionada afiliación obligatoria a la Asociación Mutuo-Benéfica, y el correspondiente deber de cotización a la misma, aseguran una finalidad pública, cumpliendo objetivos constitucionalmente impuestos a los poderes públicos (arts. 41 y 50 CE), cuya persecución no puede dejarse a la asociación espontánea de los interesados, y que trasciende de la esfera en que opera el libre fenómeno asociativo de los privados. Este régimen de protección o aseguramiento social encuentra un instrumento adecuado en esta estructura mutualista, con el consecuente reparto mutuo de los correspondientes riesgos sociales, y para lo que resulta necesario la obligación de inscripción y el consecuente deber de cotización, sin cuya prestación patrimonial no podría conseguirse el cumplimiento del fin de protección social perseguido. Esa pertenencia obligatoria, y la cuota correspondiente, es el instrumento necesario e imprescindible para el cumplimiento del fin público constitucionalmente relevante que se quiere perseguir mediante la creación de la asociación mutua, y ha de considerarse constitucionalmente justificada, de acuerdo a la doctrina de este Tribunal (SSTC 67/1985, fundamento jurídico 3.º; 89/1989, fundamento jurídico 7.º, y 139/1989, fundamento jurídico 2.º) la pertenencia obligatoria que el demandante cuestiona. Ello implica que la misma no vulnera el derecho a la libertad negativa de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, por lo que la demanda de amparo ha de ser desestimada”.

Como vemos, la sentencia es suficientemente categórica al asentar la tesis que aquí reivindicamos: que la afiliación a la mutualidad de previsión constituye un acto de incorporación a la Seguridad Social, entendida como una función constitucional del Estado que trasciende de la acción dispensada por las entidades públicas reguladas en la LGSS. La

asociación obligatoria en la mutualidad aparece entonces como una manifestación de la universalidad de la Seguridad Social.

Cabría preguntarse si tal conclusión merece alguna reconsideración o atemperación a partir de las reformas legislativas que se han sucedido desde entonces. A este respecto cabe indicar que, aunque la normativa aprobada desde 1995 ha sido menos explícita al respecto<sup>18</sup>, no excluye con certeza a las mutualidades de previsión social del ámbito de la Seguridad Social ni introducen ningún elemento novedoso que afecte a los razonamientos expresados por el Tribunal Constitucional<sup>19</sup>. Tampoco lo hace el hecho de que, desde entonces, la adscripción a la mutualidad no sea obligatoria, sino alternativa a la incorporación al RETA<sup>20</sup>. El Tribunal Constitucional al catalogar la función de las mutualidades de previsión social a la Seguridad Social atiende a los fines que estas entidades asumen, y no a su carácter obligatorio-sustitutorio u obligatorio-alternativo. A este respecto, si lo escrutamos atentamente, observaremos que nuestro Derecho positivo se refiere a las mutualidades de

<sup>18</sup> La propia disposición adicional decimoquinta *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados* sufrió una notable variación en virtud del art. 33 de la *Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*. En su renovada versión, se impone la obligación de afiliación y alta al RETA, con la excepción “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*”. Esta versión, con apenas alteraciones, es la que pervive hoy en la DA 18ª de la LGSS. Si reparamos un poco en ella observaremos cómo en realidad no extirpa las mutualidades de previsión social del ámbito de la Seguridad Social, sino que solo las presenta como una posibilidad alternativa a la del RETA. Un tanto de lo mismo ocurre con otras referencias de nuestro Derecho positivo, en las que este tipo de mutualidades se presentan como alternativas al RETA, no como alternativas a la Seguridad Social, art. 43 *Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*.

<sup>19</sup> Acaso, como disposición en contra, podemos citar la DA 5ª de la LETA, que excluye a los mutualistas alternativos de la aplicación de los arts. 23.2 a 26, donde se menciona la obligatoriedad de afiliación, alta y cotización de los trabajadores autónomos en el “sistema de Seguridad Social”. Pareciera de ese modo que el sistema de Seguridad Social, en contra de lo que defendemos, es algo distinto y ajeno a las mutualidades de previsión social alternativas. Esa exclusión, sin embargo, nos parece insuficiente para mantener esa hipótesis, sobre todo cuando la propia LETA no excluye a los mutualistas alternativos de todas sus disposiciones en materia de Seguridad Social. Mantiene para estos, de manera sugerente, la aplicación del art. 23, sobre el derecho a la seguridad social, apartado primero, el cual recuerda el mandato constitucional del art. 41 y lo desarrolla o concreta para proclamar que “las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”.

<sup>20</sup> Llamamos la atención de que en nuestro Derecho positivo esta función de las mutualidades se presenta como alternativa al RETA, y no a la Seguridad Social. Esa precisión es la que nos permite mantener que dichos mecanismos de previsión social forman parte de la Seguridad Social, aunque con claridad, no al RETA. Nos separamos así de alguna sentencia del Tribunal Supremo, cuando, a modo de *obiter dictum* y sin relevancia para el fondo del asunto, ha afirmado que “en los casos en que se opta exclusivamente por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social prevista por el correspondiente Colegio Profesional, la función de la Mutualidad será la de «alternativa» al sistema de Seguridad Social” STS Sala 4ª de 25 de enero de 2000.

previsión alternativas al RETA, y no a la Seguridad Social (v.gr., DA 18ª de la LGSS). Ello nos lleva a sostener, una vez más, que mutualismo alternativo y RETA conviven, conjuntamente, dentro de la Seguridad Social como dos opciones de aseguramiento diferenciadas.

Por todo lo expuesto responderíamos afirmativamente a la pregunta sobre si las mutualidades de previsión social forman parte del concepto de Seguridad Social al que se refiere el artículo 41 de la Constitución Española. Lo contrario, por lo demás, la conceptualización de las mutualidades de previsión social como una realidad ajena a la Seguridad Social, quebraría el mandato de universalidad que impone el artículo 41 de nuestra Carta Magna, al tolerar, e incluso regular, un mecanismo de evasión a la participación en este sistema de aseguramiento.

Al asentar esta solución interpretativa, la que presenta a las mutualidades de previsión social como algo perteneciente a la Seguridad Social, dejamos ya bastante encauzada la resolución de la problemática que afrontamos en este estudio: la que pasaría por extender sobre dichas mutualidades, en tanto que integradas en la Seguridad Social, el mandato de suficiencia que impone a esta el propio artículo 41. Cuestión muy distinta es la dificultad para ponderar dicha suficiencia en un derecho, como lo es el derecho a las prestaciones, que es de estricta configuración legal. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

## **2.- Universalidad y suficiencia de la Seguridad Social. La dimensión constitucional del complemento por mínimos**

A partir del art. 41 CE no es posible extraer, al menos desde su literalidad, un derecho a la Seguridad Social. La doctrina sin embargo, ve tal derecho a partir del mandato de los poderes públicos de garantizar la existencia de un sistema de Seguridad Social<sup>21</sup>. Si con frecuencia, a partir de los derechos subjetivos se deducen determinadas obligaciones, en este caso la relación lógica es la inversa, a partir de la obligación institucional de crear un sistema de prestaciones suficientes se llega al derecho subjetivo a las mismas, un derecho subjetivo, por mandato constitucional, de alcance universal. No obstante, a partir del significado esencial que se atribuye a la Seguridad Social -un sistema que no solo concede beneficios, sino que impone cargas de solidaridad- la universalidad de la seguridad se ha equiparado también a

---

<sup>21</sup> Márquez Prieto, Antonio, *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002, pp. 133 y 134.

la obligatoriedad de la Seguridad Social. De ese modo, se dice que existe un “derecho-obligación” a participar en la Seguridad Social<sup>22</sup>.

Repárese, por lo demás, en que, a pesar del vasto margen de maniobra con el que cuenta el legislador ordinario para configurar el sistema de Seguridad Social -más abajo nos referiremos a ello- el constituyente impuso al menos dos notas indisponibles para aquel: la universalidad y la suficiencia. La primera de estas notas, la universalidad<sup>23</sup>, se vería abiertamente transgredida si un ciudadano pudiera libremente rechazar su participación en dicho sistema. Por eso, insistimos, los mutualistas de previsión social alternativa no pueden entenderse excluidos del sistema de Seguridad Social al que se refiere el art. 41 de la Constitución.

Además de la suficiencia de las pensiones exigida por el art. 41 CE´78, otros preceptos de la misma Carta contienen apelaciones similares, como el derecho a unas prestaciones “adecuadas” en caso de vejez del art. 50<sup>24</sup>. Estas previsiones se entienden como un mandato a los poderes públicos, impelidos, con la limitación propia de la disponibilidad económica, a garantizar un importe prestacional apto para subvertir las necesidades vitales ordinarias. Hasta ahora, cuando la jurisprudencia ha hecho frente a la posible equiparación de la protección social de los mutualistas de previsión alternativa y los trabajadores autónomos incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social, se ha discutido la afectación del artículo 14 de la Constitución. En tales casos, con respaldo en la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha rechazado:

“la pretendida discriminación o trato desigual del Plan de Seguridad Social de la Mutualidad de la Abogacía con respecto al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, en este

---

<sup>22</sup> Gonzalo González, Bernardo, “El mutualismo patronal en el contexto de la Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988-2.

<sup>23</sup> Aparece reiterada en el art. 2.1 LGSS y es una de las recomendaciones planteadas por la OIT en su R202, Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202). Reconociendo la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica la presente Recomendación, los Miembros deberían aplicar los siguientes principios: a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social”. El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando señala que «toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social».

<sup>24</sup> En la normativa internacional que nos es de aplicación, este mandato de suficiencia aparece contemplado en el art. 12.2 de la Carta Social Europea y en el Convenio número 102 de la OIT de 1952 en el que se afirma que el recurso económico “deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66”. Aunque caben algunas dudas interpretativas sobre si el alcance subjetivo de tales previsiones se extiende a los trabajadores por cuenta propia, alguna reciente resolución judicial, que se comenta de manera específica en este informe, ha estimado que tales disposiciones son aplicables a este colectivo. SJS, Santa Cruz de Tenerife, núm. 189/2023 de 7 de septiembre de 2023, FJ 4º.

sentido el Tribunal Constitucional en sentencia de 22 de noviembre de 1982 (Aranzadi 1982\1968) ha dicho «que **la incorporación de distintos sectores labores al Régimen de la Seguridad Social constituye una opción política legislativa que no atenta al principio de igualdad**, sin que deba ser conseguida apelando a la equidad por supuesta justicia del caso concreto». Reitera la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias 56/1988, de 26 de marzo (RTC 1988, 56) y 17/1989, de 29 de septiembre (RTC 1989, 17), que no es contrario al artículo 14 de la Constitución española la existencia de regímenes distintos para los distintos colectivos de trabajadores. También el propio Tribunal Constitucional en sentencia 103/1984, de 12 de noviembre (RTC 1984, 103) ha declarado la constitucionalidad del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 (RCL 1955, 1450 y NDL 27595), regulador de las pensiones del antiguo Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, ya que no debe entenderse discriminatorio el requisito de la exigencia de la edad de 50 años en las viudas que pretendieran lucrarse de la pensión correspondiente, respecto de aquellas otras viudas cuyos causa-habientes estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que la distinción de requisitos entre los diferentes y sucesivos regímenes de previsión social y de Seguridad Social no es discriminatoria, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas, en un sinalagma que no puede ser desconocido cuando se trata de relaciones bilaterales, y ello aunque esta bilateralidad –Entidad Gestora y beneficiario– está influida por principio rectores de política social, sin que pueda seguirse un aparente y simplista criterio de igualación, porque ante diferentes supuestos y situaciones lo «igual» es distinto como también tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de julio de 1983 (70/1983) (RTC 1983, 70) que es correcta la doctrina de la sentencia combatida, por lo que procede desestimar el recurso<sup>25</sup>.

En los pronunciamientos que hemos podido revisar y, salvo u omisión en nuestro escrutinio, no se ha abordado frontalmente la posible conculcación del art. 41 con un sistema de Seguridad Social, como el que hoy aparece configurado, con un subsistema de cobertura obligatorio y un subsistema obligatorio-alternativo, que no garantiza la suficiencia de todas sus prestaciones.

La discusión doctrinal, todavía enquistada, que ha suscitado estas expresiones constitucionales se centra en resolver si nos encontramos ante conceptos determinables o cuantificables que permitan examinar la corrección cuantitativa de las prestaciones

---

<sup>25</sup> STS, Sala Cuarta, de 16 mayo 2001, RCUd, 1455/2000, RJ\2001\5216. Esta doctrina es seguida en STSJ C. Valenciana, sentencia núm. 1456/2002, de 6 febrero. AS 2003\800; STSJ C. Valenciana, sentencia núm. 1456/2002, de 6 febrero. AS 2003\800; León (Sección 3), sentencia núm. 122/2006, de 3 julio. JUR 2006\236044.

reconocidas por el legislador ordinario<sup>26</sup>. Soslayando, en aras de la brevedad y la simplicidad expositiva, ese debate, puede decirse que, con frecuencia, al menos dentro del nivel contributivo de protección, la suficiencia se ha fijado en el importe de las pensiones mínimas garantizadas<sup>27</sup>. El complemento a mínimos adquiere así, al menos para una pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, trascendencia constitucional al dar satisfacción al mandato de suficiencia y adecuación que imponen, respectivamente, los arts. 41 y 50 de nuestra Carta Magna. Según se puede leer en algunos de los pronunciamientos que conforman esta línea jurisprudencial, por todas, la más reciente STS, Sala de lo Social, núm. 394/2024 de 26 febrero (JUR 2024\80293):

En cuanto a la finalidad de los complementos destacábamos lo que a este respecto declaró la sentencia TS de 7 de febrero de 2023, rcud. 2950/2019, con remisión a los precedentes (SSTS de 22 de noviembre de 2005, rcud. 5031/2004 y de 21 de marzo de 2006, rcud. 5090/2004): "En un Estado definido constitucionalmente como social y democrático, tal complemento de prestación debe garantizar unos ingresos suficientes, por bajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad. Esta finalidad resulta evidente del texto del art. 50 de la LGSS, cuando ordena computar a los efectos de alcanzar ese límite las cantidades percibidas como rentas del capital o del trabajo personal, supuestos en los que la norma se refiere a cantidades percibidas y no a cantidades devengadas (...) No se puede olvidar que el artículo 41 CE obliga a la Seguridad Social a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad".

En este sentido, y con cierta relevancia para nosotros, son las precitadas disposiciones constitucionales, el art. 41 y el art. 50, las que ha justificado algunas modificaciones legislativas tendentes a extender el ámbito de aplicación del complemento por mínimos a los diferentes regímenes especiales de la Seguridad Social: "los preceptos 41 y 50 de la Constitución de 1978, que establecen un mandato para que los poderes públicos aprueben una legislación que reconozca pensiones suficientes y adecuadas, han dado pie a que la institución de los complementos a mínimos se extienda al Régimen General y a los

---

<sup>26</sup> La doctrina científica ha denunciado con frecuencia esa inconcreción: por todos: Gete Castrillo, Pedro, *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997, p. 528.

<sup>27</sup> "Los complementos por mínimos se consideran prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando «al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza»" (STS 786/2017, 11 de Octubre de 2017, RCU 3911/2015 con citas de las STS/4<sup>a</sup> de 22 noviembre 2005 -RCUD 5031/04 -, 21 marzo 2006 -RCUD 5090/04- y 22 noviembre 2016 -RCUDD. 2561/2015-).

Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social”<sup>28</sup>. El planteamiento es bien evidente, si la Constitución impone conjuntamente los mandatos de suficiencia y universalidad, es obvio que una vez concretado legislativamente el nivel de suficiencia o adecuación a satisfacer, este debe aplicarse homogéneamente sobre todos los sujetos incluidos en el sistema. A mayor abundamiento, cuando, por mor de la propia norma fundamental, la garantía de suficiencia debe atender a un elemento objetivo, la situación de necesidad, y no a otros elementos subjetivos relativos a la carrera de cotización del beneficiario. Esta homogeneización legislativa de la cobertura de mínimos, por lo expuesto en el epígrafe anterior, debería extenderse también a los sujetos protegidos por el sistema de previsión social alternativa, en tanto que sujetos pertenecientes al sistema de Seguridad Social.

Al plantear esta homogenización no desconocemos la vastísima autonomía que la Carta Magna otorga al legislador ordinario a la hora de configurar el sistema de Seguridad Social. Tampoco que parte de la doctrina ha resuelto que el complemento para pensiones inferiores a las mínimas no es la única opción a través de la cual el legislador puede dar cumplimiento al mandato constitucional de suficiencia del art. 41. Concluyen algunos autores, con quien en realidad coincidimos, que:

“la suficiencia de las pensiones constituye una cuestión de mera legalidad, en relación con la cual la invocación a los arts. 41 y 50 de la Constitución puede servir como guía inspiradora de la actuación de los poderes públicos, especialmente al poder ejecutivo, para obtener una determinada interpretación pues, de conformidad con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, la “suficiencia de las pensiones” no alcanza a predeterminar que deba existir un determinado tipo de regulación acerca de los complementos a mínimos. En corto, sin dejarse guiar por interpretaciones meramente voluntaristas, sino con una argumentación sostenida en criterios técnicos-jurídicos, la existencia de una regulación sobre los complementos a mínimos de las pensiones inferiores a la mínima no constituye una condición de constitucionalidad de la normativa que regula el sistema de pensiones”<sup>29</sup>.

Admitiendo esa hipótesis, la que permitiría que el legislador garantizase la suficiencia y la adecuación de las pensiones frente a las situaciones de necesidad a través de instrumentos diferentes al complemento por mínimos -v. gr. a través de prestaciones en especie- opinamos

---

<sup>28</sup> Rivera Sánchez, Juan Ramón, “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 4, 2015, pp. 75-99, p. 76.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 83.

sin embargo que adoptada una determinada opción normativa, la que fija un umbral de suficiencia económica, este no puede modularse aleatoriamente en función de los colectivos profesionales sobre los que se aplique. Dicho de otro modo, aceptamos que el legislador ordinario cuenta con bastante autonomía a la hora de concretar el significado de la suficiencia prestacional que impone el art. 41, pero una vez determinado este, lo cual hace hoy a través del complemento por mínimos, dicho nivel de suficiencia debe aplicarse homogéneamente sobre la totalidad de los sujetos incluidos en la Seguridad Social, entre los que se encuentran, aún bajo un régimen anómalo y anacrónico, los mutualistas de previsión social alternativa. Lo contrario, con independencia de la posible vulneración del art. 14 CE que ocasionaría, desconectaría la suficiencia de las prestaciones de la situación de necesidad, opción que entendemos no se compadece con la redacción y el espíritu del art. 41 CE. Tampoco se adecuaría esa posible gradación de los importes mínimos a la configuración legislativa del complemento por mínimos, como prestación autónoma que tiene naturaleza no contributiva ex art. 109.b.4º LGSS y no se sufraga con cargo a contribuciones sociales, sino a través de los PGE.

Con base a estos razonamientos, y para cerrar este punto, estimamos que no se podría alegar que la suficiencia de este colectivo queda garantizada por la cobertura subsidiaria de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social -pensiones no contributivas de invalidez, de jubilación y, en su caso, del ingreso mínimo vital- pues ello implicaría, de nuevo, otorgar diferentes significados al mandato de suficiencia de la Constitución en consideración al colectivo afectado, y no a la situación de necesidad.

### **3.- Los principios de proporcionalidad, expectativa de derechos y de no discriminación**

Esta rúbrica, compuesta por tres principios cuya formulación procede de instancias comunitarias, presenta las motivaciones que podrían contribuir a reforzar nuestros alegatos a favor de recabar del legislador ordinario una intervención integradora de las aportaciones realizadas a las mutualidades de previsión social alternativa.

La tríada de principios aludida procede de la jurisprudencia comunitaria que, como se sabe, despliega efectos vinculantes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme a la interpretación derivada del art. 267 TFUE. De forma que, los Altos socios no solo deben estar y pasar por los tratados de Derecho originario y las normas de derecho

derivado, sino por las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales comunitarios, esto es, el TEDH y el TJUE.

En lo que respecta al Estado español, esta construcción político-jurídica -la de los Tribunales comunitarios- ha sido recibida siguiendo las pautas contenidas en los artículos 93 a 96 CE, que son los que disponen cómo han de configurarse las relaciones de nuestro ordenamiento con las normas de derecho internacionales y, concretamente, el artículo 96 CE es el que dispone que, una vez publicado oficialmente en España un tratado internacional, pasa a formar parte del ordenamiento interno. Lo cual permite derivar la existencia y aplicabilidad -en nuestro ordenamiento jurídico- de criterios internacionales como canon hermenéutico. Esos criterios internacionales son, pues, los procedentes de los así reconocidos como intérpretes de los tratados internacionales, esto es, el TJUE y el TEDH. Y son tan vinculantes como los propios tratados de derecho originario o las normas de derecho derivado ex art. 267 TFUE.

En este orden de ideas, los principios de proporcionalidad y expectativa de derechos son enunciados por el TEDH, mientras que el relativo a la no discriminación entre colectivos similares de profesionales es enunciado por el TJUE. A su explicación y aplicación a la temática que nos ocupa dedicamos las siguientes líneas.

El *principio de proporcionalidad* ha sido enunciado por el TEDH con relación, entre otras cuestiones, al diseño que el legislador nacional ordinario haga de los sistemas de Seguridad Social. En este sentido, la Sentencia de 18 de julio 2017, caso Lengyel contra Hungría pone de manifiesto en su considerando 28 que “el sistema de Seguridad Social de un país puede ser cambiado en cualquiera de sus aspectos en respuesta a cambios sociales y opiniones cambiantes sobre las categorías de personas que necesitan asistencia social, y también atendiendo a la evolución de situaciones individuales. Ello proporciona en esta materia al Estado un amplio margen de apreciación para racionalizar sus sistemas de seguridad social. Pero sin que ello pueda prescindir del examen de la proporcionalidad de tales medidas”. De esta forma se subraya que “esta desproporción es constatable cuando la injerencia del Estado en el diseño del sistema de Seguridad Social impone una carga excesiva en el ciudadano, si bien tal exceso solo puede valorarse en el caso por caso, puesto que los sistemas de Seguridad Social son una expresión de la solidaridad de una sociedad para con sus miembros más vulnerables. A pesar de ello, será excesivo o desproporcionado cualquier diseño que suponga un menoscabo de la esencia de los derechos que como ciudadano correspondan en materia de Seguridad Social”.

Para el caso concreto que se resolvía en el asunto Lengyel vs Hungría, la demandante no había sido privada de sus derechos, sino que los ingresos derivados de estos se habían reducido hasta la mitad si comparados con los que percibía cualquier otro ciudadano. Lo cual se agravaba en su caso porque no disponía de ninguna otra fuente de ingresos y, además, pertenecía a un grupo especialmente vulnerable como es el de las personas con discapacidad.

Son estos los motivos que consideró el TEDH suficientes para estimar que la legislación impugnada daba lugar a situación en la que no se logró el equilibrio justo entre los intereses en juego, aunque esta legislación tuviera como objetivo proteger el erario público mediante la racionalización del sistema de prestaciones por invalidez -una cuestión de interés general legítimo en cuya consecución el Estado goza de un amplio margen de actuación-.

Este principio así diseñado, si aplicado al asunto que nos ocupa, permitiría concluir que el legislador ordinario no ha satisfecho la referida proporcionalidad. Y ello por los motivos que de seguida se exponen.

En primer lugar, se hace preciso recordar que la incorporación de los profesionales de la Abogacía a la Mutuality era obligatoria desde el año 1948 -que se aprueban los Estatutos de la Mutuality General de Abogados de España- hasta el año 1996 (concretamente el día 10/05), fecha en que, conforme a la DA 15ª entra en vigor el art. 64.3 de la Ley 30/1995 que preveía la referida voluntariedad. Es decir, durante 48 años aproximadamente, los profesionales de la abogacía -prestasen servicios por cuenta ajena o por cuenta propia- para atender a sus estados de necesidad, solo podían contribuir a la Mutuality, no previéndose por el legislador nacional alternativa alguna. De forma que, llegado el momento de ser receptor de las prestaciones derivadas de las aportaciones, no queda más opción que acomodarse a lo que se ofrezca por parte de la mutuality, siendo que tampoco se garantiza por el legislador ordinario que se alcance unos mínimos equiparables a los que el RETA prevé para sus cotizantes.

Confrontada esta situación con el núcleo esencial del artículo 41 CE permite concluir que ha sido un colectivo denostado y preterido para el que la universalidad de la contribución -en el sentido de obligatoria- sí que ha existido, pero respecto del que no se ha garantizado el carácter mínimo de la protección. Sirvan como ejemplos de esta afirmación la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 3 de noviembre de 1989, rec. sup. 170/1989, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Martín Bernal, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 7290/1992, de 3 de diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Rodríguez y, la STSJ de

Cataluña (Sala de lo Social) nº 8682/1998, de 26 de noviembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz. Aunque en las tres sentencias se deniega la solicitud de acceso de los profesionales de la abogacía demandantes/recurrentes al RETA, interesa sobremanera el razonamiento jurídico contenido en el primero de los referidos pronunciamientos de la Sala catalana. En ella se desestima el recurso de suplicación y, además, se deniega la solicitud de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 15 del Estatuto de la Abogacía de 1982 en la vertiente de régimen jurídico de la profesión de Abogado que, recordemos, denegaba el acceso al sistema público que configura la Seguridad Social. El demandante/recuriente considera que se vulnera el art. 41 CE porque las Mutuas de los Colegios no tienen el carácter de servicio público y al exigirse estar incluido en la mutualidad no se permite participar del sistema universal y público que entraña la Seguridad Social. La respuesta del Tribunal se asienta en que “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 proponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo colegio profesional (cita así la STC 68/1982).

Por consiguiente, si el principio de proporcionalidad solo se satisface si se infiere la existencia de un justo equilibrio entre la obligación del Estado por proteger el fisco público y observar la esencia de los derechos que en materia de Seguridad Social corresponden a la ciudadanía, para este caso concreto, y al menos durante los años en que ha sido obligatoria la aportación a la mutualidad, sin duda las cargas han sido mayores para el profesional de la abogacía, en la medida en que se le ha obligado a aportar bajo unas fórmulas que, a posteriori, no le han permitido alcanzar siquiera el mínimo de protección garantizado al resto de la ciudadanía.

La negativa a este colectivo para acceder al RETA, como sistema alternativo, pudiera presentarse de forma sencilla como la negligencia de la función básica del Estado en materia de previsión social, en la medida en que con esta opción -la de la aportación obligatoria a las mutualidades alternativas- la suficiencia y la protección frente a situaciones de necesidad - que junto a la universalidad en el sentido de obligatoriedad, son las tres patas que jurisprudencial y doctrinalmente se entienden sostienen la configuración y el contenido de la Seguridad Social como función del Estado<sup>30</sup>- no han quedado garantizadas o satisfechas.

---

<sup>30</sup> En este sentido y como botones de muestra referimos en esta nota, al menos para dejar constancia, el estudio del Prof. Mercader Uguina en el comentario que realiza del art. 41 CE en la obra colectiva *Comentario a la Constitución Española*, publicada en 2018, por la editorial Wolters

Y es que difícilmente puede justificarse que con esta medida inicial -la de vetar las aportaciones al RETA- el legislador ordinario haya estado motivado por la búsqueda del interés general, si es que por tal interés consideramos la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social. Antes al contrario, si mantenemos la tesis de que las aportaciones a las mutualidades alternativas están excluidas del erario público -al menos hasta el año 2005 el sistema de capitalización era colectivo- en puridad estamos restando; mientras que defender su integración -porque se consideren las mutuas alternativas al RETA fórmulas privadas de gestión del sistema de Seguridad Social y, por tanto, incluidas- aquellas aportaciones suman. Cierto es que el modo en que contribuyan al entero sistema de Seguridad Social es una cuestión que aún está por dilucidar, sin embargo, los informes de los especialistas en Ciencias Actuariales, con cuyo apoyo contamos en los informes que de este se deriven, permitirán arrojar luz a este todavía sombrío terreno.

En segundo lugar, corresponde también preguntarnos si superarían el principio de proporcionalidad enunciado por el TEDH las situaciones que se crearon tras la introducción de la optatividad que supuso la entrada en vigor de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Para estos casos, se dejaba en manos del profesional -fuera de nuevo ingreso, fuera procedente del régimen obligatorio anterior- elegir entre las mutualidades y el RETA, sin embargo, aquella previsión normativa no se acompañó de herramientas que permitieran de forma ágil, sencilla y transparente el cambio para quienes ya estaban aportando a las mutualidades. Y, lo más gravoso a nuestro juicio es que en la práctica se les penalizó, en la medida en que no podían -aquellos profesionales que desearon transferir sus aportaciones- arrastrarlas hasta el RETA. Darse de alta en este otro régimen suponía hacer de peor condición -si comparadas con las del RETA- unas contribuciones que, por ley, eran obligatorias y únicas. Lo cual genera una evidente desproporción en detrimento de profesionales sin, insistimos, margen alguno de actuación o de decisión -no solo del régimen en que cotizar- sino también en las condiciones ofertadas por las mutualidades -que, con acierto, se ha indicado en la SJSO de Santa Cruz de Tenerife<sup>31</sup>-. Tampoco se salvaría el principio de proporcionalidad para los mutualistas de nuevo ingreso a partir del año 1995. Y ello porque desde esta fecha y hasta 2005 el régimen de aportaciones con el que accedieron fue objeto de modificación, de forma que, desde la capitalización colectiva de los riesgos y aportaciones se pasó a otro individualizado. De nuevo se trató de cláusulas de adhesión que

---

Kluwer junto al BOE y dirigida por los Prof. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y Casas Baamonde. Del lado de la jurisprudencia constitucional, hacemos mención, entre otras, de las SSTC nº 206/1997 y 78/2004.

<sup>31</sup> Número de recurso 889/2022, ECLI:ES:JSO:2023:4521.

en absoluto pudieron negociarse, alterarse o adaptarse a las circunstancias personales de cada mutualista, lo cual incide, gravosamente, en la corresponsabilización de su propio aseguramiento. La inexistencia de mecanismos para transferir las aportaciones no hacía sino redundar en la problemática, motivo por el cual, estimamos, se ha producido este nuevo viraje en la que se espera sea futura ordenación de la previsión social para el colectivo de la abogacía.

Todo ello supondría reflexionar, en último lugar, sobre si el principio de proporcionalidad se satisfaría al menos en los supuestos en que los afiliados a las mutualidades alternativas acceden por vez primera a partir del año 2005. Estos mutualistas no solo no tendrían aportaciones que exportar, sino que, además, cuando ingresaron ya lo hacían sabiendo que la capitalización es individual. A nuestro juicio, y con base en los principios de universalidad -en el sentido de obligatoriedad-, garantía de protección frente a las situaciones de necesidad y suficiencia de las prestaciones, tampoco se superaría el test de proporcionalidad que proclama el TEDH en el asunto del año 2017. Y ello porque dos de los tres principios que sustentan la función del Estado -consistente como se ha dicho en garantizar el contenido y la configuración del sistema de Seguridad Social- quedarían enervados. Así, la universalidad quedaría excluida si las aportaciones a las mutualidades se estiman externas y complementarias a las contribuciones hechas al sistema de Seguridad Social -y no alternativas al RETA e insertas en aquel como desde aquí proponemos-. Por otra parte, la suficiencia de las prestaciones tampoco se satisfaría en la medida en que no se garantiza por las propias mutualidades o por el Estado que dejan en manos del asegurado aportar más o menos, haciéndolo responsable único del contenido de su respectivo haber.

*El principio de expectativa de derecho o de posesión de una expectativa de derecho legítimamente creada por los ordenamientos jurídicos* es el segundo de los que intitulan este apartado. Ha sido expuesto y aplicado por el TEDH en los asuntos contra España de Doménech Aradilla, Rodríguez González -ambos de 19/91/2023- y Valverde Digón -de 23/01/2023-. En ellos lo que concluye el Tribunal es que los Estados miembros deben otorgar seguridad jurídica no solo respecto del Derecho positivo vigente, sino también en las modificaciones que le afecte. Estos casos concretos tuvieron como litigio principal la desaparición del derecho a ser beneficiaria de pensiones de viudedad a tres mujeres que habían constituido sus respectivas parejas de hecho conforme a la normativa civil autonómica catalana. Una posibilidad esta que se contemplaba como posible en la versión del año 2004 del artículo 174.3 LGSS. La STC 40/2014 declaró nula esta diferenciación de trato por estimarse discriminatoria en función del territorio de residencia y, de un plumazo, impuso la aplicación de las reglas generales para acceder a la pensión de viudedad contempladas para

el resto de los residentes españoles, las cuales, eran más restrictivas que las normas catalanas. Esas expectativas de derecho que se vieron truncadas por decisión jurisprudencial y legal son las que el TEDH considera dignas de protección, especialmente cuando su creación y destrucción no dependen en absoluto de la voluntad o el comportamiento del ciudadano, sino que quedan lejos de su esfera de control.

De ahí que nuestra reflexión se centre en dilucidar si estaríamos, para el caso de los mutualistas de la abogacía, en una situación próxima a esta que referimos. Al respecto de lo cual concluimos que podría defenderse una respuesta afirmativa en todos los casos que hasta ahora hemos distinguido. Es decir, para el colectivo de mutualistas que accedió con anterioridad a 1995, para quienes lo hicieron después, pero antes de 2005 y, para los que ingresaron con posterioridad a esta fecha. Y ello porque para los tres grupos, la suficiencia de las prestaciones ha quedado truncada, siendo una expectativa legítima suya que, como mínimo, se alcanzara el nivel básico de protección en la medida en que las trayectorias de aportaciones, si bien con cantidades inferiores a las previstas por el RETA, no dejan de ser contribuciones que se hacen con la finalidad de atender a las situaciones menesterosas a las que los avatares de la vida puedan conducirnos.

Finalmente, *el principio de no discriminación* procede del TJUE, si bien resulta necesario concretar que nos referimos a la *no discriminación entre colectivos semejantes de profesionales*. Esta especificidad se construye por el Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-389/20<sup>32</sup> y se la hace pivotar sobre la “situación de desamparo social” en que se coloca a un colectivo de trabajadores a quienes se les hace de peor derecho que a otro colectivo de trabajadores comparable. Siendo que a esta comparabilidad, han de sumarse los siguientes requisitos: 1) Que los motivos del trato desigual en absoluto habrán de estar relacionados con la prestación del servicio o la idiosincrasia de la actividad realizada. 2) Que los motivos no estén justificados en la realización de una finalidad legítima. Y, 3) que esa finalidad ha de perseguirse utilizando los medios adecuados y necesarios.

Así, pues, resulta necesario abundar, en primer lugar, sobre los términos que permitan esa comparabilidad entre profesiones, de modo que, consideradas semejantes pueda sustentarse la aplicación de las otras tres condiciones. En este sentido de las profesiones comparables nuestro argumento es el siguiente: dentro de las profesiones jurídicas existe disparidad de trato en lo que a las aportaciones a las mutualidades alternativas se refiere. Y ello porque el traslado de aquellas ha sido acometido por el legislador ordinario para el caso de los

---

<sup>32</sup> Este asunto se pronunció contra España y responde a ECLI:EU:C:2022:120.

Notarios<sup>33</sup> -y, correlativamente para los Corredores de Comercio que se terminaron unificando en ellos-. Lo cual indica que no solo es posible, sino que no es desventajoso para el entero sistema de la Seguridad Social, dado que lo contrario habría conllevado su no realización.

Pues bien, la comparabilidad que plantea el TJUE en la sentencia de referencia presenta como elementos de observación la condición del empleador -persona física o jurídica, pública o privada-, el ámbito en que se produce la prestación, el grado de subordinación o dependencia respecto del empleador, o los niveles de protección y previsión social<sup>34</sup> de que disponen los colectivos de trabajadores parangonados. Unos aspectos estos que bien pudieran estimarse asimilables cuando de las profesiones jurídicas antes citadas se trata. A esta conclusión -si bien es cierto que sin llegar a mencionar la STJUE que aquí traemos a colación- se llega también por parte del Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife<sup>35</sup> al indicar (FD 3º) que “ciertamente se constata una diferenciación que no tiene argumentos bien definidos y, por ende, sí existe una vulneración del artículo 14 CE en cuanto se discrimina a un grupo de juristas que sí tuvieron amparo y solución legal ante una situación igual que la que atraviesan los procuradores/abogados (...)”. A ello añade, reproduciendo la STC nº 63/2011, de 6 de mayo, que “la virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación -STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí que representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE”. Es decir, que a juicio de la juzgadora, el trato discriminatorio no solo se produce cuando la causa es alguna de las referidas expresamente en el art. 14 CE, sino también cuando el trato entraña rebaja o supresión de las condiciones de dignidad del ciudadano. Condiciones de dignidad que, perfectamente pueden estar vinculadas con la negativa a disfrutar de una protección suficiente tal y como manda el artículo 41 CE. Lo cual, además, podría conducirnos a concluir que si la dignidad de los profesionales no está garantizada en los momentos de necesidad -como sucede con la ineludible vejez y separación del mercado de trabajo- y conforme al diseño que el legislador ha permitido o voluntariamente querido para la previsión

---

<sup>33</sup> Ello ocurrió en virtud del ya mencionado art. 3 del RD 1505/2003, de 28 de noviembre.

<sup>34</sup> Estos términos pueden extraerse de la lectura de los considerandos 56 y 57 de la STJUE comentada.

<sup>35</sup> ECLI:ES:JSO:2023:4521.

social del colectivo de la abogacía, difícilmente podría defenderse que la finalidad sea legítima y los medios arbitrados para conseguirla adecuados y necesarios.

### III. ALGUNOS ALEGATOS CONTESTATARIOS A CONSIDERAR

Sería impropio concluir que la propuesta que defendemos merece ser aplicada de manera automática y que es inmune a cualquier crítica. En efecto, con facilidad podrán intuirse varios motivos de oposición, basados en el Derecho positivo o en razones de justicia material, que podrían invalidar nuestra propuesta o, al menos, modular su aplicación. En el entendimiento de que un dictamen objetivo –como el que aquí se pretende– exige tomar en consideración estas eventuales recusaciones, identificamos a continuación algunas de las más evidentes y justificaremos de qué modo no se oponen de manera real a la cobertura pública que propugnamos.

#### 1.- Libertad legislativa para la configuración del sistema de Seguridad Social

El art. 41 CE, ubicado en el Capítulo tercero de la CE, aunque contiene un principio rector y no derechos adjudicables *ad personam* o exigibles individualmente, a juicio de la jurisprudencia constitucional -SSTC nº 206/1997 y 78/2004- y la más reputada doctrina científica<sup>36</sup> tampoco se configura como norma programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, sino que, conforme al art. 53.1 CE vincula a los Poderes Públicos que lo regularán por ley respetando su contenido mínimo o esencial en todo caso. Lo cual permite inferir que a pesar de no imponer un modelo único, sí que establece una “suerte de directrices, muy generales, sobre el carácter público de la Seguridad Social, la tendencia a la universalización de la protección, el logro de su suficiencia -la de la protección- y la garantía de un espacio para una Seguridad Social complementaria no obligatoria y tampoco necesariamente pública”.

Estas cuatro notas destacadas por la jurisprudencia constitucional han sido presentadas por la doctrina iuslaboralista como pilares de la configuración y el contenido de la Seguridad Social como función del Estado, siguiendo así la STC 65/1987 que proclama la existencia de tal función en el Estado español, la cual se urge garantizar a los Poderes Públicos conforme al art. 41 CE. La referida función de la Seguridad Social quedaría configurada como “un derecho de estricta configuración legal, llamado a proteger situaciones o estados de

---

<sup>36</sup> Nos referimos, de nuevo, al estudio realizado por el Prof. Mercader Uguina en el comentario que desarrolla sobre el art. 41 CE en la obra colectiva *Comentario a la Constitución Española, op. cit.*, p. 1315.

necesidad, dentro de una tendencia a la universalización de las medidas de protección social que incluyen tanto las prestaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social”, derecho que se ha de materializar por el Estado creando “un régimen público integrado por una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y un conjunto de técnicas económicas y financieras específicas que sirven al objeto de garantizar esa protección”<sup>37</sup>.

Añade a esto la STC 37/1994 que el “sistema público de Seguridad Social queda configurado como garantía institucional, de manera que el art. 41 impone a los poderes públicos la obligación de establecer -y mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo, un núcleo o reducto indisponible por el legislador” (STC 32/1981), de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (SSTC 26/1987 y 76/1988)”. Los principios informadores de dicho modelo son los apuntados líneas atrás, pero que ahora interesa desarrollar de forma más extensa:

a) Universalidad de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social (“para todos los ciudadanos”), en virtud de la cual no resulta constitucionalmente posible establecer mecanismos de tutela que puedan suponer su negación para determinados individuos o grupos.

b) Garantía de protección frente a “situaciones de necesidad”. La justificación constitucional de la existencia de un sistema de Seguridad Social se halla, pues, en la protección de los estados de necesidad provocados por la carencia de ingresos (arts. 1.1, 9.2 y 41 CE), a la vez que su garantía y tutela constituye una de las ideas-programa fundamentales que informan la acción del mismo. Estados de necesidad que generan o producen, técnicamente y, situaciones de necesidad protegidas, entendidas como aquellas en las que se encuentra una persona o un grupo social como consecuencia del exceso de gastos, del defecto de ingresos, o de ambos a la vez, producidos por una contingencia prevista por el sistema de Seguridad Social, y que imponen una solución reequilibradora de este.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 1317.

c) Suficiencia de las prestaciones, lo que implica trasladar a un primer plano la situación de necesidad y la carencia de ingresos (función de compensación de las prestaciones), reconduciendo a un segundo plano la función de sustitución de las rentas de activo, típica de los sistemas contributivos. Sobre esta materia se han pronunciado las SSTC 134/1987 y 208/1988, si bien de forma tangencial, para indicar que los máximos de pensiones, aunque topadas con relación al principio contributivo en sentido estricto, son adecuadas para cumplir su función, y suficientes en su cuantía, sobre todo si se tiene en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto y las cuantías medias de las mismas. Conforme ha señalado el TC, “la garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones ni su revalorización conforme al IPC. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones” (STC 134/1987). La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, “en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable” (STC 100/1990). Sobre la base de esta doctrina constitucional se citan en el estudio de referencia la STC 49/2015, que declaró constitucional el RDL 28/2012 que suspendió la actualización de las pensiones en 2012; y las SSTC 95/2015, de 14 de mayo, y SSTC 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135/2015 y 144/2015.

En línea con esta idea relativa a la necesidad de modular la acción protectora de la Seguridad Social -en tanto que variable dependiente de la realidad económica cuyos derechos implican una carga financiera considerable-, resulta lógico que el TC haya subrayado el importante papel que el legislador ordinario desempeña a la hora de diseñar el sistema de Seguridad Social; un diseño este que debe respetar siempre la esencialidad de su carácter público y la uniformidad en su gestión económica. Así, esta obligación, cuyo cumplimiento y observancia también corresponden al propio TC (STC 49/1994) permite que se haya proclamado que el “derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel” (SSTC 44/2004 y 213/2005). Corresponde, por tanto, al legislador determinar “el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura” (STC 128/2009).

Por otra parte, el recurso a la jurisprudencia europea, concretamente la procedente del TEDH en el asunto Lengyel contra Hungría referido de forma más extensa en el apartado II.3 anterior, permitiría apoyar esta misma idea, puesto que una de sus principales conclusiones es la relativa a que “el sistema de Seguridad Social de un país puede ser cambiado en cualquiera de sus aspectos en respuesta a cambios sociales y opiniones cambiantes sobre las categorías de personas que necesitan asistencia social, y también atendiendo a la evolución de situaciones individuales”. Lo cual proporciona a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para “racionalizar” sus sistemas de seguridad social, sin que tal racionalización en ningún caso pueda prescindir del deseable grado de proporcionalidad exigible entre el diseño del sistema y la carga que haya de soportar el ciudadano individual o colectivamente considerado.

Esta libertad en el diseño de los sistemas nacionales de Seguridad Social en absoluto repugna a nuestro ordenamiento jurídico y a nuestra jurisprudencia y doctrina judicial que, desde los albores de la conflictividad que ha generado el sistema de previsión social alternativo al RETA ha tenido muy en cuenta tal poder de configuración. Sirvan como ejemplos de esta afirmación los razonamientos jurídicos contenidos, entre otras, en la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 3 de noviembre de 1989, rec. sup. 170/1989, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Martín Bernal, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 7290/1992, de 3 de diciembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Rodríguez y, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 8682/1998, de 26 de noviembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz. Aunque, como se ha dicho, en las tres sentencias se deniega la solicitud de acceso de los profesionales de la abogacía demandantes/recurrentes al RETA, interesa sobremanera el razonamiento jurídico contenido en el primero de los referidos pronunciamientos de la Sala catalana. En ella se desestima el recurso de suplicación y, además, se deniega la solicitud de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 15 del Estatuto de la Abogacía de 1982 en la vertiente de régimen jurídico de la profesión de Abogado que, recordemos, denegaba el acceso al sistema público que configura la Seguridad Social. Siendo la respuesta del Tribunal que “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 proponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una previa negociación con el respectivo colegio profesional (cita así la STC 68/1982).

Lo acontecido tras la entrada en vigor del art. 64.3 de la Ley 30/1995 -es decir el año 1996- podría conducirnos, por consiguiente, a una conclusión distinta a la presentada en el entero apartado II de este informe, *id est*, que el modo en que se configura la combinación entre sistema público y sistema alternativo -léase Seguridad Social y Mutuas de la Abogacía- no sería contrario al contenido esencial del artículo 41 CE. Y es que, a partir de este momento - nos referimos al año 1995-, se da un paso más en el diseño del sistema de Seguridad Social y de los colectivos que acceden al mismo. Expresamente se indica en el precepto referido que “se podrá optar por solicitar la afiliación en el Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad”, no aclarándose en ningún caso cómo se realizaría este trasvase o si se respetan o no las cotizaciones realizadas con anterioridad bajo el régimen de la mutualidad como único depositario. La ausencia de previsión normativa fue completada por la doctrina judicial y jurisprudencial del modo en que de seguida se plasma. En concreto, la STS (Sala de lo Social) de 25 de enero de 2000 rec. casación para la unificación de doctrina 1317/1999, Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, dispone en su FD 2º, apartado 4º que “(...) la normativa de 1995 y la posterior de 1998 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 Régimen de Trabajadores Autónomos 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. En ningún punto de tales disposiciones se aprecia que se considere incompatible 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. (...) Tanto más cuanto que en el art. 64 de la misma Ley atribuye a las Mutualidades una «modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria» salvo disposición expresa (que no existe). Esta previsión no se respetaría si aceptáramos que la incorporación a la Mutualidad sustituye a todos los efectos, haciéndola imposible, la afiliación al Régimen de Autónomos al que la propia Ley define como obligatorio para estos profesionales, pues no es lo mismo que sirva aquella incorporación como sustitutivo de la afiliación al RETA, que es lo que la Ley 30/1995 ha dicho, que impedir por esa razón la afiliación de aquellos profesionales al Régimen público si lo desean, que es lo que dicha Ley no ha dicho”. En conclusión, FD 3º “(...) la opción establecida por la Ley 30/1995 no viene configurada como alternativa

obligatoria entre la afiliación al RETA o a la Mutuality, sino como una opción voluntaria por el uno o el otro, sin que ello suponga la prohibición de permanencia en los dos”.

El modo en que se configura finalmente esta dualidad, como se sabe, es el siguiente: si se opta por cotizar en el RETA y, posteriormente, se causa baja en dicho régimen, genera que esas cotizaciones queden en estado latente, que no perdidas, y se recuperan en el momento en que se retome la cotización en el mismo régimen o en el general. Si, por el contrario, se eligiese realizar aportaciones a la Mutuality y se cesara en ella, el posterior comienzo de cotizaciones en el RETA, conlleva que se mantenga aquel -el mutualista- como sistema privado de pensiones y, por tanto, complementarias.

Así las cosas, el planteamiento que, de nuevo surge es si la decisión del legislador ordinario relativa a no construir mecanismos de transferencia entre uno y otro régimen atentaría contra el contenido esencial del art. 41 CE.

De entrada, la STC 208/1988 ha puesto de manifiesto que “del art. 41 CE se deriva una separación necesaria entre el régimen público de Seguridad Social y prestaciones complementarias libres que se basan en la lógica contractual privada, son financiables con fondos privados y a cargo de los beneficiarios”. De manera que expresamente se indica por la STC 206/1997 que “los sistemas autónomos y voluntarios de protección social (...) son complementarios al sistema público e imperativo de Seguridad Social, pero no son propiamente Seguridad Social”. Por tanto, “el carácter necesariamente público del sistema de Seguridad Social no excluye el establecimiento de fórmulas de gestión o de responsabilidad privadas, siempre que estas sean de importancia relativa en el conjunto de la gestión de aquel y, consiguientemente, el papel y el compromiso de los poderes públicos en la satisfacción de su función protectora siga siendo predominante” (SSTC 37/1994 y 129/1994). El extracto de estas resoluciones utiliza el entero sistema de Seguridad Social como marco comparativo para determinar si existe predominancia de fórmulas aseguradoras complementarias, ante lo cual habría que responder que, en efecto, es residual su existencia, por lo que, en términos relativos, no existe desproporción y tampoco desprotección.

A este planteamiento coadyuvan los pronunciamientos de la doctrina judicial que redundan en la idea de considerar comunicantes ambas realidades previsoras, al menos cuando de fomento del empleo se trata. En este sentido traemos a colación los pronunciamientos derivados de la aplicación práctica de las previsiones contenidas en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE nº 298, de 13/12). Este cuerpo normativo se elabora con la

finalidad declarada de reformar las prestaciones por desempleo adoptando distintos tipos de medidas, tales como la introducción del compromiso de actividad, abundando en el concepto de colocación adecuada, haciendo compatible el subsidio por desempleo para mayores de 52 años con un trabajo por cuenta ajena y, a lo que aquí interesa, permitir que quienes quieran constituirse como trabajadores autónomos puedan capitalizar hasta el 20 por 100 de su prestación para afrontar los gastos de inicio de actividad; el resto de la prestación se abonará para el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social. A estos efectos, la DT 4 en sus apartados 2º y 3º ordenaba que los perceptores de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único o trimestral tendrían derecho a que la Entidad Gestora subvencionase con estas cantidades la cotización de quien pretenda constituirse como trabajador autónomo.

Los problemas surgen cuando quienes solicitan materializar tal derecho son profesionales de la abogacía que desean cotizar a la Mutuality de Previsión Social y no al RETA.

En este sentido, la corriente doctrinal judicial mayoritaria ha optado por una interpretación teleológica del precepto normativo en discordia para concluir que “en unificación de doctrina, (STS Sala 4a de 25 de enero de 2000 ), se ha declarado que no existe incompatibilidad entre los dos heterogéneos sistemas de protección, de manera que cuando el interesado opta por mantenerse de forma simultánea en alta en el RETA y en la correspondiente Mutuality, ésta desempeñará la función de complementación prevista por el artículo 64 de la Ley 30/95, mientras que en los casos en que se opta exclusivamente por incorporarse a la Mutuality de Previsión Social prevista por el correspondiente Colegio Profesional, la función de la Mutuality será la de «alternativa» al sistema de Seguridad Social”.

Por consiguiente, podría concluirse que ha de diferenciarse entre la naturaleza de la mutuality -entidad privada de previsión social- y la función que está llamada a desempeñar en el sistema de Seguridad Social. De modo que, tal función depende de si las aportaciones se simultanean con las contribuciones al RETA o no. En el primer caso, su función será la de aseguramiento complementario; en el segundo, este mecanismo de aseguramiento tiene sustantividad propia, hasta tal punto que pueden ser sustituibles uno por el otro -ex FD3º STS 856/2016-. De ahí que sea posible elegir cotizar en uno u otro sistema -ex FD2º STS 25/01/2000-; que se hayan ampliado las contingencias a cubrir por la iniciativa privada mutualista hasta parangonarse con las principales ofertadas por el sistema de Seguridad Social -ex art. 33 Ley 50/98- y que se utilice por la doctrina judicial el término “alternativo”. Precisamente en esto querríamos detenernos porque la alternatividad, conforme a la RAE implica la capacidad de desempeñar algo una función igual o semejante. Y nos planteamos

si, deliberadamente, el juzgador ha querido utilizar este término para transmitir equiparación. Ello nos lleva a plantear si, por ubicársele -al menos por parte de la doctrina judicial y jurisprudencial- en el mismo plano de paridad funcional que al RETA para el colectivo específico de profesionales de la abogacía, les son exigibles a la Mutuality las mismas notas identificativas o rasgos esenciales del sistema público, es decir, carácter universal -al menos para el colectivo afectado-, garantía de protección frente a las situaciones de necesidad y suficiencia de las prestaciones. Y, por consiguiente, si le corresponde al legislador ordinario y a los poderes públicos adoptar las medidas necesarias para que se produzca tal convergencia de elementos esenciales. En otros términos expresado, nos planteamos si por declararse tal alternatividad, el propio legislador se arroga como responsabilidad velar porque las notas definitorias del sistema de Seguridad Social deban ser también palpables y materializables desde fórmulas privadas de gestión de la previsión. Si esto es así, nos planteamos las siguientes cuestiones. De un lado, el legislador ordinario al no prever vías de trasvase entre unas y otras cotizaciones ¿habría sido negligente al no garantizar el correcto funcionamiento del entero sistema de Seguridad Social, al menos en sus elementos esenciales de acceso universal, suficiencia y protección de necesidades básicas, en el que también ha de incluirse a los profesionales de la abogacía? Estamos pensando no ya en la prohibición expresa de acceso al RETA para los mutualistas anteriores a 1996 -para estos, insistimos, de forma clara se habría transgredido el contenido esencial del art. 41 CE, sino a quienes de facto se les dificulta una elección libre por uno u otro régimen, dado que habiendo comenzado a cotizar en uno con grandes penurias les puede resultar factible simultanear aportaciones al otro.

De otra parte, ¿podría incurrir el legislador en dejadez de funciones si dificulta o si no es capaz de garantizar la suficiencia de las prestaciones de los mutualistas? Estamos pensando no en el período a partir del cual las aportaciones a la mutualidad se capitalizan individualmente, sino en el tiempo previo -es decir, desde el año 1996 hasta 2005-. Y en los efectos que sobre este intervalo temporal pueda desplegar la futura nueva regulación de los profesionales de la abogacía cuando obligatoriamente deban cotizar en el RETA, restando así apoyos económicos a las mutualidades.

Relacionadas con la hipótesis de que el legislador ordinario -por ser suya la decisión del diseño en el que se insertan y operan de forma alternativa regímenes privados y públicos- es garante del funcionamiento del entero sistema de previsión social, hallamos los pronunciamientos siguientes, conforme a los cuales, las ayudas para las cotizaciones de los trabajadores autónomos deben concederse independientemente de si tales cotizaciones corresponden a los regímenes públicos o privados de gestión del sistema de previsión social.

Así, entienden los tribunales que de seguida se presentan, dado que es obligatorio afiliarse y estar al corriente del pago de las aportaciones para que funcione el entero sistema de previsión social -no solo para el aportante, sino para el resto de cotizantes-, y puesto que las ayudas contempladas en la Ley 45/2002 tenían como finalidad contribuir al sostenimiento del entero sistema, se justifica que sea indiferente el régimen al que se destinen. Ello a pesar de que las Mutuas tengan un sistema de capitalización individual y el RETA no.

Por tanto, conforme a la sentencias que se relacionan a continuación, es el sostenimiento del sistema nacional de Seguridad Social lo que debe primar, independientemente de que ello sea consecuencia de las aportaciones a mutualidades o a regímenes públicos; entendiéndose por sostenimiento el que el sistema satisfaga sus tres rasgos esenciales -universalidad, atención a necesidades esenciales y suficiencia-. La reflexión que planteamos es si puede considerarse un óptimo funcionamiento o un sostenimiento adecuado del sistema aquella situación -provocada o no evitada por el legislador- en que un colectivo no tiene garantizado el acceso -mutualistas anteriores a 1996- o no tiene garantizadas prestaciones suficientes -mutualistas anteriores a 1996 y posteriores a 1996 y hasta 2005-.

En este sentido de la primacía del sostenimiento o buen funcionamiento del sistema de previsión social se pronuncian la STS Cataluña (Sala de lo Social) nº 8602/2004, de 30 de noviembre, rec. sup. 2013/2004, Ponente: Ilma. Sra. Sara María Pose Vidal: en su FDº 3º dispone que las Mutualidades son alternativas al RETA y, por tanto, a efectos de percibir las ayudas para activación de trabajadores autónomos desempleados han de considerarse cotizantes y con idénticas obligaciones a unos y a otros.

Se reproduce el FD referido: "el análisis de los antecedentes históricos y legislativos evidencian que el legislador ha configurado las Mutualidades de Previsión Social, de adscripción obligatoria antes de 10.11.1995, cuando el profesional opta exclusivamente por la incorporación a las mismas, como mecanismo de aseguramiento y protección alternativo al de la Seguridad Social, y la Mútua de Previsió Social dels Advocats de Catalunya, a la cual se ha incorporado el demandante-recorrido, cumple los requisitos establecidos por el artículo 33 de la Ley 50/98 , en relación con el RD 2615/1985 , para ser considerada como tal «alternativa». A este respecto también debemos tener presente que si bien esa condición de «alternativa» inicialmente estaba reconocida a la Mutualidad General de la Abogacía, a la que debían incorporarse obligatoriamente todos los abogados, con independencia de la Comunidad Autónoma en que estuvieran ejerciendo, dado que a través de la misma se cubrían determinadas contingencias, siendo las relativas a incapacidad temporal, asistencia sanitaria, gastos de hospitalización, etc., cubiertas por la Mútua de Previsió Social dels

Advocats de Catalunya, tras la reforma de 1998 ambas ampliaron su ámbito de cobertura, en términos de igualdad, y ambas cumplen los requisitos exigidos por la DA 15a y artículo 33, de modo que quedó sujeto a criterios colegiales la obligatoriedad de una u otra, siendo válida la opción exclusivamente por esta última en el ámbito de los Colegios de Abogados de esta Comunidad. Consecuencia de esa opción en exclusiva por la Mutuality de Previsión Social efectuada por el recurrente es que obtiene a través de la misma la protección y aseguramiento que los demás trabajadores autónomos obtienen a través del RETA, estando obligado, al igual que ellos, a mantenerse en alta y al día en el abono de las correspondientes cuotas, dado que el incumplimiento de ese requisito de abono de las cuotas le provocaría, en términos idénticos a los previstos en el RETA, la imposibilidad de beneficiarse del aseguramiento concertado con la «alternativa» al RETA.

En definitiva, si la Ley permite la opción entre el RETA y las Mutualidades de Previsión Social, configurándolos como sistemas alternativos de protección, y la finalidad de la regla 2a de la DT 4a.1 de la Ley 45/2002, no es otra que destinar la parte de prestación por desempleo que resta por percibir al beneficiario, a sufragar el abono de las obligadas cuotas de aseguramiento, sea el del RETA, sea el alternativo, tal finalidad se vería frustrada si, como pretende el INEM, se limitara única y exclusivamente a los desempleados que cuando se incorporan al ejercicio de una actividad por cuenta propia se afilian al RETA, puesto que el término «Seguridad Social» utilizado por la norma que analizamos ha de ser entendido, tanto en relación al RETA, como a los sistemas de protección y aseguramiento configurados como alternativos por el propio legislador, de ahí que la interpretación efectuada por el Juez «a quo» resulte plenamente ajustada a derecho, debiendo confirmarse su decisión, previa desestimación íntegra del recurso formulado por el INEM”.

En idénticos términos se pronuncia la STS de Asturias (Sala de lo Social) nº 1354/2006, de 28 de abril, rec. sup. 1904/2005; la STS de la Cdad. Valenciana (Sala de lo Social) nº 2046/2009, de 18 de junio, rec. sup. 3217/2008, Ponente: Ilma. Sra. María Luisa Mediavilla Cruz; la STS de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) nº 691/2013, de 23 de mayo, Ponente: Ilma. Sra. Luisa María Gómez Garrido; la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su Sentencia nº 255/2015, de 30 de marzo, Ponente: Ilma. Sra. Dña. Alicia Catalá Pellón; la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) nº 1031/2014, de 15 de diciembre, ECLI:ES:TSJM:2014:15693, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz; la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) nº 3075/2016, de 17 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2016:4233, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Bosch Salas; la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) nº 830/2016, de 11 de octubre, rec.sup. 638/2016, Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero; la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) nº 1584/2017, de 25 de mayo,

ECLI:ECLI:ES:TSJAND:2017:4865, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña García Álvarez; la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), nº 738/2018, de 7 de febrero, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sección 1ª, Sala de lo Social) núm. 309/2018, de 19 de marzo, ECLI:ES:TSJICAN:2018:1988; la STSJ de Galicia, núm. 2798/2019, de 20 de junio, ECLI:ES:TSJGAL:2019:3953.

Sin embargo, el criterio es denegatorio cuando se trata de percibir la prestación por Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común. Valga como ejemplo el pronunciamiento emitido por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Sevilla, en su Sentencia nº 2280/2009, de 10 de junio, Ponente: Ilma. Sra. María Gracia Martínez Camarasa. Concretamente en su FD Único concluye que “la opción establecida por la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, no viene configurada como alternativa obligatoria entre la afiliación al RETA o a la Mutualidad, sino como opción voluntaria por uno u otro Régimen, sin que ello suponga prohibición de permanencia en ambos, nada impedía al actor causar alta en el RETA, Régimen cuyas cotizaciones sí habrían dado lugar al cómputo recíproco pretendido, a efectos de la carencia exigida para la prestación de IT (pago directo) solicitada, que no procede en cambio, respecto de las efectuadas a la Mutualidad, correspondientes a un aseguramiento privado, ajeno al sistema de la Seguridad Social”.

Este último pronunciamiento nos lleva a concluir que podríamos estar ante una suerte de esquizofrenia judicial. Y ello porque, a pesar de que se ha indicado que RETA y mutualidad son alternativos -esto es, destinados a la finalidad idéntica o similar de ofrecer protección universal, suficiente y esencial- tal carácter se mantiene cuando se trata de preservar o incrementar el erario que sostiene el entero sistema. Sin embargo, cuando lo que busca el cotizante es beneficiarse del sistema, desaparece la alternatividad para dar paso a la complementariedad, de forma que no haber aportado en el RETA, sino en el mutualista trae consigo el no cómputo de las cotizaciones para devengar el derecho a una prestación o un subsidio. En el caso apenas referido, el profesional había cotizado en RETA, después en RGSS, y finalmente en la mutua. Sin embargo, estas últimas aportaciones no se computan para poder decidir si se tiene derecho al subsidio por IT porque al aportante no se le considera cotizante. La pregunta que surge es, pues, si este recelo en considerar cotizaciones al sistema nacional las aportaciones hechas al régimen privado, forma parte de la función garantista del sostenimiento del sistema que el legislador ordinario se arroga. Y si así fuera, parece más que evidente que aportaciones son unas -las procedentes del régimen privado mutualista- y las otras -las que realizan en los regímenes del sistema público-.

Ello nos lleva a concluir que si la interpretación teleológica queda justificada por alcanzar y garantizar el sostenimiento del sistema de previsión social, resulta incongruente aceptar -vía doctrina judicial- el trasvase de las cotizaciones procedentes de regímenes públicos hacia regímenes privados -prestaciones por desempleo en pago único o trimestral que se destinaban a cuotas de alta en la mutualidad para los profesionales autónomos-, pero que se estime contrario a la ley el camino inverso, esto es, denegar que las aportaciones hechas en el régimen mutualista puedan ser tenidas en cuenta para generar el derecho a la protección -esa misma que se busca cuando se abonan las cotizaciones-.

De ahí que nos planteemos que, de admitirse la incongruencia, sería necesaria la reforma legislativa que configura el segundo punto de las reclamaciones presentadas por el Movimiento J2, UPTA y ANAMA.

## **2.- Sostenibilidad del sistema y proporcionalidad entre la contribución y la cobertura**

Por las razones expuestas a lo largo de este informe, y sin perjuicio del necesario análisis actuarial que habrá que abordar en su momento, resulta procedente la articulación legal de una pasarela al RETA de todos los profesionales de la abogacía afiliados a la Mutualidad General de la Abogacía, tanto de quienes no tenían otra opción como de quienes, a partir de 1995 optaron por dicha entidad que, como hemos podido comprobar, ha venido cumpliendo desde entonces una función de aseguramiento social alternativo al sistema público de Seguridad Social. Dicha pasarela tendría que consistir básicamente en una transferencia a la TGSS del capital acumulado en la Mutualidad y su conversión, mediante el cálculo actuarial oportuno, en períodos cotizados con la base mínima.

Para que dicha conversión sea proporcionada y no resulte contraria al principio de contributividad propio del nivel profesional del sistema de Seguridad Social, evitando también que ello implique una excesiva carga financiera para la seguridad social, los colegiados tendrán que suscribir en paralelo un convenio especial con la TGSS (de los previstos en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, o mediante el establecimiento de un convenio *ad hoc*) que compensara la diferencia entre lo ingresado como mutualista y lo que hubiera correspondido cotizar, al menos, como base mínima de cotización al RETA en cada momento.

De ese modo, cuando lo ingresado como mutualista y las cotizaciones adicionales aportadas mediante convenio especial alcancen los 15 años de cotización, que es el período mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación, la persona interesada podrá solicitar la pensión de jubilación ordinaria una vez cumplida la edad legal de jubilación (67 años en 2027) o seguir cotizando al RETA en función de los ingresos obtenidos (como cualquier otra persona trabajadora por cuenta propia).

Cuando la cuantía de la pensión de jubilación así obtenida resulte inferior al importe mínimo de la pensión de jubilación que corresponda en función de las circunstancias personales de cada profesional (con o sin cónyuge a cargo), se tendría derecho a los complementos a mínimos legalmente previstos, puesto que estos se financian mediante el sistema impositivo general, y los colegiados y colegiadas han contribuido al mismo con sus impuestos directos (IRPF) e indirectos.

Sostendremos que cualquier solución normativa debería buscar un equilibrio de todos los intereses afectados -los de los mutualistas, los de las mutualidades y los de la colectividad-, evitando que ninguna de las posibles soluciones genere enriquecimiento o empobrecimiento injusto. Intuimos que eso implica una desamortización parcial de las mutualidades de previsión social, pues de estas no solo deberían traspasar a la Seguridad Social las primas abonadas por aquellos de sus asociados que opten por integrarse en el RETA, sino también, opinamos, acerca de la rentabilidad obtenida a partir de la inversión de esas primas. Es a través de esta rentabilidad como las mutualidades de previsión social consiguen generar el rédito necesario para la cobertura de su acción prestacional. Si se produjese una masiva integración de afiliados en el RETA, toda la rentabilidad obtenida con sus respectivas primas no encontraría ya una finalidad prestacional.

Por otro lado, aunque cualquier solución institucional debería buscar tendencialmente un equilibrio entre las contribuciones soportadas y los beneficios a obtener por parte del mutualista, tal proporcionalidad no resulta estrictamente necesaria para la cobertura por mínimos prevista en el art. 50 LGSS. El complemento para pensiones a la mínima que allí se regula tiene una clara naturaleza no contributiva -atiende a la situación de necesidad y no al importe contribuido- ex art. 109.b.4º LGSS. Con frecuencia, incluso dentro del nivel contributivo del régimen general de la Seguridad Social, se observa en la aplicación de estos complementos un notorio desajuste entre la protección social dispensada a través de los mismos y la carrera de cotización del sujeto que se beneficia de ellos, especialmente cuando se aplican sobre trabajadores a tiempo parcial a través de la equiparación entre estos y los trabajadores a tiempo completo efectuada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo,

de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>38</sup>.

### 3.- La libertad de elección de los mutualistas posteriores a 1995

Uno de los argumentos más potentes para denegar el auxilio paternalista del Estado es el principio de libertad del individuo y de no injerencia que caracteriza al Estado liberal<sup>39</sup>. Ese argumento sería válido en la medida en que el individuo, en este caso el ciudadano mutualista, hubiera sido verdaderamente libre a la hora de escoger la fórmula de previsión social por la que quiere verse amparado. Sin embargo, como consecuencia de la dimensión pública que caracteriza a las entidades de previsión social alternativa, estas han estado sujetas a una fuerte intervención institucional que ha limitado drásticamente sus posibilidades de autodeterminación. También las posibilidades de actuación del individuo mutualista.

De entrada, la propia participación en la mutualidad ha estado compelida a través de una obligación jurídica, obligación alternativa, sí, pero obligación, al fin y al cabo. El individuo no ha sido soberano en la elección sobre la cobertura de sus riesgos profesionales. No ha podido, por ejemplo, detraer las primas de su previsión social para invertir las en otros instrumentos de inversión privados que le garanticen una mayor rentabilidad futura. El actual régimen normativo reconoce libertad de elección, sí, pero solo entre dos regímenes altamente institucionalizados.

A mayor abundamiento, el profesional que ejerce esta libertad en favor de la correspondiente mutualidad tampoco ingresa en una entidad con libertad de gestión o autodeterminación. No pueden los mutualistas, por así decirlo, elegir aquellos métodos de inversión que enjuicien más prudentes o rentables para la satisfacción de los fines que les son propios. Por la

<sup>38</sup> Este dio al art. art. 247 de la LGSS la siguiente redacción: «(...) se equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor».

<sup>39</sup> Este principio de auto responsabilización característico del liberalismo queda bien definido por Mill: "el principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad individual o colectivamente se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder pueda con pleno derecho ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque en la opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo". Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 65.

trascendencia, de nuevo, que se le otorga a su función de cobertura en nuestro modelo político de Estado -recordemos, funciones propias de la Seguridad Social pública, STC 244/1991, de 16 de diciembre-, el Estado social, las instituciones públicas imponen determinadas formas de gestión en el entendimiento de que son las más seguras para garantizar un determinado nivel de solvencia. Tampoco es libre para el mutualista la determinación de las contingencias a cubrir o de la cuota a abonar, DA 19ª LGSS.

Existe, por último, una importante intromisión pública en la limitación de entidades que pueden funcionar como entidades de previsión alternativa, lo que otorga a las existentes un régimen de oligopolio que reduce las posibilidades de elección del beneficiario a la hora de escoger aquella que mejor se ajuste a sus expectativas.

Sin atacar este enfoque de política legislativa, sí es obvio que no es propio de un sistema liberal puro, el cual debe tolerar un grado de elección irrestricto. Un ejemplo de esta tendencia regulatoria lo encontramos con la reforma del año 2005 operada por el [Real Decreto Legislativo 6/2004](#) -vid. supra, apartado primero- que consolida a las entidades de previsión social alternativa como entidades de seguro privado. Al hacerlo, impuso la transición del sistema de reparto por el que habitualmente se cubrían las contingencias en estas entidades hacia un sistema de capitalización individual. Es con esta reforma cuando el nivel de protección proporcionado por las mutualidades descendió drásticamente. Si nos preguntamos por la finalidad de esta reforma, parece bien clara: inadmitir un sistema piramidal, como es el sistema de reparto, en un instrumento de previsión privado. En efecto, es patente que nuestro sistema público de Seguridad Social se basa en un sistema piramidal de reparto, cuya solvencia está sometida a un progresivo aminoramiento provocado por el envejecimiento poblacional. La tolerancia de tal régimen en el sistema público se debe a que este aparece respaldado, en última instancia, por otras fuentes de financiación ajenas a las cotizaciones de los usuarios. Sin embargo, al introducir este cambio en el tipo de cobertura proporcionada por las mutualidades se incidió de manera notable en las expectativas de protección generadas por los mutualistas que optaron por adherirse a este sistema, a la sazón, de reparto. No debe extrañarnos, por tanto, que entre las propuestas institucionales más recientes para solventar la crisis social generada por la insuficiencia prestacional haya aparecido la habilitación de la pasarela hacia el RETA a los mutualistas anteriores a 2005, los afectados por este cambio normativo que condiciona sobremanera las expectativas generadas. No obstante, esa imposición del sistema de capitalización es solo una más, acaso la más drástica, de las injerencias institucionales en el diseño de la previsión social alternativa -más recientemente, por ejemplo, se ha impuesto una contribución mínima del 80% de las cuotas soportadas por los trabajadores autónomos afiliados al RETA ex DA 19ª LGSS-. Lo

que nos interesa resaltar en este punto es la invalidez del argumento de la libertad para rechazar el rescate público de los mutualistas, pues tal régimen de libertad no se ha dado puramente en la historia del mutualismo social. La política legislativa ha aplicado un intervencionismo selectivo, aplicando un enfoque paternalista muy fuerte sobre la gestión de las mutualidades, pero rechazando cualquier eventual responsabilidad subsidiaria cuando esa gestión, impuesta exógenamente, arroja unos resultados desfavorables.

Por otro lado y para cerrar, aunque admitiésemos que los mutualistas posteriores a 1995 -o 2005, según la más reciente propuesta ministerial- han ostentado una libertad real a la hora de optar por uno u otro régimen de aseguramiento –*dato non concessio*–, esta hipotética libertad de elección concluiría la vocación paternalista que hemos observado más arriba en la obligatoriedad de la Seguridad Social. Las estadísticas oficiales en materia de protección social revelan que, en aquellos casos en los que los particulares han ostentado algún margen de elección, han optado por minimizar su contribución al sistema de aseguramiento social al máximo legalmente tolerado<sup>40</sup>. A partir de tal evidencia, la habilitación de un régimen de aseguramiento, como la previsión social alternativa, que admite cuotas o primas inferiores a la del RETA, permite predecir, con seguridad, que habrá una preferencia masiva por dicho régimen de aseguramiento. No se trata de un análisis de las motivaciones individuales del agente, sino una evidencia social que justifica, como ya hemos defendido supra, la imposición de un sistema de seguros obligatorio. El propio legislador asume esta premisa cuando ha reforzado las obligaciones de contributividad en el RETA, lo cual hizo a través del *Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad*. Con esta norma se buscaba garantizar la mejor cobertura del colectivo afectado, que tendía por defecto y generalizadamente, a minimizar el importe de sus cotizaciones. Según se leía en su exposición de motivos, se pretendía que los trabajadores autónomos “no se vieran perjudicados los elementales principios de contributividad y de solidaridad en los que se fundamenta el sistema, pues estimaba que la baja cotización, característica de un colectivo que mayoritariamente cotiza por la base mínima, es la causa principal de sus reducidas pensiones, por lo que este nuevo sistema habría de repercutir en la mejora del

---

<sup>40</sup> “El 85,3% de las personas trabajadoras por cuenta propia no supera la base mínima de cotización. Este porcentaje supera considerablemente el 90% cuando la edad es inferior a los 40 años, y entre los que llevan menos tiempo dados de alta (menos de 5 años). A partir de los 55 años de edad, el 26,2% cotiza por una base superior a la mínima, hecho este relacionado con la proximidad a la edad de jubilación”. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Trabajadoras y Trabajadores Autónomos, Personas Físicas, en alta en la Seguridad Social. Resumen de resultados 30 de septiembre de 2022. Accesible en: [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/autonomos/economia\\_soc/autonomos/estadistica/2022/3TRIMESTRE/Resumen\\_de\\_resultados\\_3\\_trim\\_2022-.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/autonomos/economia_soc/autonomos/estadistica/2022/3TRIMESTRE/Resumen_de_resultados_3_trim_2022-.pdf), último acceso 16/04/2024.

grado de suficiencia de sus prestaciones futuras”. En un sistema de Seguridad Social, como el que conocemos en España, en el que existe cierta proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas y la protección social a recibir, corresponde al legislador la tarea de adecuar estas dos variables para garantizar la suficiencia y la sostenibilidad del sistema de pensiones. Es esta obligación la que en el caso del mutualismo de previsión social alternativo se habría visto flagrantemente omitida.

## CONCLUSIONES

- Una aproximación inicial desde la perspectiva jurídica al estado de la cuestión relativa a la previsión social de los profesionales de la abogacía permite conocer no solo el camino recorrido por asegurados y entidades aseguradoras, sino comprender cómo se ha alcanzado la situación de conflictividad que aflora.
- Las diferentes modificaciones legislativas que han afectado directa y colateralmente al régimen de la previsión social de la abogacía en absoluto es extraña o lejana de lo acontecido para otras profesiones jurídicas que, en la actualidad, sin embargo reciben un tratamiento jurídico-normativo distinto más ventajoso.
- Las respuestas dadas desde los poderes públicos, como garantes del sistema nacional de Seguridad Social aun a pesar de que son incipientes y no se han formalizado por los cauces legislativos adecuados, ya parecen apuntar a una escasa cobertura de los supuestos y necesidades que reclaman ser destinatarios de las garantías de suficiencia y atención a las situaciones menesterosas proclamadas por el art. 41 CE.
- Del lado de los argumentos a favor de una intervención más decidida, suficiente y adecuada por parte de la previsión social alternativa, se presentan los siguientes. En primer lugar, que la participación de los profesionales de la abogacía en el sistema de Seguridad Social es constitucionalmente obligatoria. Así se deduce del principio de universalidad que debe informarlo ex art. 41 CE y, a partir de una lectura a contrario sensu, de la voluntariedad de la asistencia social y la previsión social complementaria.
- En segundo lugar, y a partir de estas coordenadas constitucionales, las mutualidades de previsión social alternativa deben ser calificadas como entidades de Seguridad Social. Y ello 1) porque no es posible calificar las mismas como entidades de asistencia social o como entidades de previsión complementaria. 2) Porque la asociación a las mismas constituye una obligación para los sujetos cuyos colegios profesionales estén vinculados a algunas de estas mutualidades, bien sea una obligación excluyente, hasta 1995, o una obligación alternativa, a partir de esa fecha.
- Lo contrario y, en tercer lugar, es decir, sostener que las mutualidades de previsión social no pertenecen al sistema de Seguridad Social implicaría admitir una transgresión legislativa de las previsiones del art. 41 CE'78: la legislación ordinaria estaría, en ese caso,

eximiendo -y excluyendo- a determinados colectivos profesionales de su participación en el sistema de Seguridad Social, la cual, en virtud del precitado precepto constitucional, es universalmente obligatoria.

- En cuarto lugar, la integración conceptual de las mutualidades de previsión social alternativa en el sistema de Seguridad Social es plenamente compatible con el carácter público del servicio que también impone el art. 41 CE'78. Dicho carácter público no se opone a formas privadas de gestión.

- Reconocer, en quinto lugar, que la previsión social alternativa forma parte del sistema de Seguridad Social que impone el art. 41 CE'78, comporta también que sobre aquella resulta preciso extender la garantía de suficiencia que se recoge en este precepto.

- En sexto lugar, la suficiencia de las prestaciones que impone la Constitución se vincula a la situación de necesidad protegida, y no al particular vínculo de aseguramiento al que haya estado sujeto cada ciudadano. Por lo tanto, si el legislador ha estimado que la suficiencia de las prestaciones se garantiza con la fijación de unos determinados importes mínimos, estos mismos importes mínimos deben ser aplicables a todas las situaciones de necesidad equiparables.

- En séptimo lugar, la propuesta anterior queda reforzada si atendemos a que el denominado complemento por mínimos es una prestación autónoma, independiente de la prestación principal, desconectada de la carrera contributiva del beneficiario, y sufragada con cargo a los presupuestos generales del Estado. Su reconocimiento no atiende, por tanto, a la proporcionalidad de las cotizaciones efectuadas y el importe reconocido, como se ve con claridad en la extensión de este complemento por mínimos sobre las carreras de aseguramiento a tiempo parcial.

- Finalmente, la jurisprudencia europea emanada tanto del TEDH como del TJUE permitiría detectar puntos débiles en la intervención del legislador español, lo cual podría dar lugar a eventuales interposiciones de demandas individuales -ante el TEDH- por transgresión del CEPDH y de cuestiones prejudiciales -ante el TJUE-. Los principios de proporcionalidad, expectativas legítimas de derechos y de no discriminación han sido aplicados a la situación de referencia con resultados plausibles de inobservancia.

- Entre los alegatos contrarios a la cobertura de mínimos en las prestaciones de Seguridad Social está, al menos para quienes ingresaron en la mutualidad con posterioridad

a 1995, el principio liberal de responsabilización, desde el entendimiento de que el individuo no debería socializar los perjuicios que le causa el error de sus elecciones. Este principio de responsabilización solo sería sustantivamente legítimo en un contexto en el que la libertad de elección hubiera sido plena. Eso no ocurre en la actual configuración de la previsión social alternativa, la cual aparece caracterizada legalmente como un sistema de participación claramente obligatoria, a modo de obligación alternativa, sobre el que, además, las instituciones inciden notablemente a la hora de limitar las posibilidades de autorregulación.

- Comoquiera que fuese y con relación a este mismo principio liberal de responsabilización, conviene apuntar que la obligatoriedad de la Seguridad Social es un instrumento protector del Estado Social. Este modelo político de convivencia asume entre sus postulados definitorios que el individuo, por su escaso espíritu previsor o por la existencia de ciertas necesidades materiales, estará inclinado u obligado a la minimización de algunas de sus expectativas futuras, como la protección social, para atender intereses más inmediatos. Por lo que resulta incoherente con las exigencias del Estado Social y con la necesidad de sostener un régimen público de Seguridad Social en los términos del artículo 41 de la Constitución no establecer medidas legales para garantizar -complementando y reorientando la libertad individual- la sostenibilidad de un sistema que sea efectivamente universal, junto con la suficiencia de todas las prestaciones.

- Estas conclusiones -y el conjunto de este estudio- se refieren a la situación jurídico-legal vigente con sus antecedentes históricos explicativos. Pero, en la medida en que, sea por la presión social y mediática, sea por la asunción de responsabilidad política (fundadas en un caso y otro en la constatación de la necesidad de subvenir a la situación de crisis evidente generada), por parte de los responsables gubernamentales se ha anunciado una iniciativa orientada claramente a ofrecer solución adecuada, entramos en una situación jurídica distinta, cuya apertura viene marcada por la existencia -esperada, requerida, inminente- de un proyecto de norma concreta en ciernes (aunque sea en las fases más iniciales de planteamiento y anuncio político). En este sentido se exige un enfoque jurídico diverso -continuador y complementario a este-, consistente en la necesaria configuración de propuestas normativas -o contribución a las mismas- en condiciones de responder verdaderamente a las exigencias de universalidad, suficiencia, igualdad y sostenibilidad pública (porque, ante una propuesta normativa verdadera, estas exigencias han de servir como criterios exigentes y coherentes de inspiración).