

Ámbito de aplicación y contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Margarita Apilluelo Martín*

A. Introducción

La existencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de un Régimen Especial de Seguridad Social (art. 10.2º c TRLGSS) relativo a los trabajadores que lo hacen de forma autónoma está justificado porque su ámbito de aplicación incide, precisamente, en este tipo de trabajadores que no lo hacen por cuenta ajena, es decir, por cuenta de un empresario y, por tanto, son ellos mismos los responsables de su propia protección y del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social (D. 2530/1970, de 20 de agosto; OM 24 septiembre 1970 y RD 84/1996).

De otro lado, una de las características del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha sido la inexistencia de contingencias profesionales, es decir de accidentes y enfermedades derivados de los riesgos propios de la actividad profesional en el ámbito de la cobertura de su acción protectora. La Ley 53/2002 añadió la DA 34ª al TRLGSS permitiendo a los trabajadores autónomos mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora que dicho Régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Esta disposición legal ha sido, por tanto, muy novedosa para todos los autónomos incluidos en este Régimen y ha respondido a postulados internacionales y provenientes del Diálogo social; a todo ello nos referiremos a continuación.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra.

B. Campo de aplicación

Están incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los españoles y extranjeros residentes o que se encuentren en España¹ siempre que ejerzan una actividad profesional en el territorio nacional, sean titulares o no de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, siempre que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente (art. 7.1º b TRLGSS). Así el art. 2.1º D. 2530/1970 considera trabajador autónomo a 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. Igualmente, dispone el art. 2.3º D. 2530/1970, se presumirá salvo prueba en contrario que se trata de un trabajador autónomo cuando ostente la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo.

Por su parte, el art. 3.b D. 2530/1970 establece que están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores autónomos que de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la consideración de asalariados respecto a aquéllos.

Veremos estas notas y peculiaridades por separado.

a) Realización de una actividad económica de forma personal y directa

La expresión legal referida a la realización de una actividad económica por parte del autónomo es más amplia que la atinente a la realización de una profesión u oficio, de aquí que aquélla abarque cualquier actividad productiva de bienes o servicios, cuya finalidad sea la obtención de un beneficio económico o, lo que es lo mismo, cualquier actividad que lo sea a título lucrativo. Desde esta perspectiva quedan fuera del ámbito de aplicación de este Régimen Especial las actividades puramente recreativas o benéficas que no persigan esa finalidad.

Esta actividad económica ha de realizarse de forma profesional y de manera personal y directa, ya sea con colaboradores o no, desarrollando esa actividad productiva con su propio esfuerzo, sin que sea suficiente que sólo ostente la titularidad de la misma. Esta característica conlleva la inexistencia de sujeción por parte del autónomo a con-

1. La Ley Orgánica 4/2000, del Derecho de Extranjería, en sus arts. 10 y 14 confirma que los extranjeros que cuenten con las pertinentes autorizaciones pueden desarrollar una actividad por cuenta propia y deberán proceder al alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o Régimen que corresponda. No están incluidos en el Sistema de Seguridad Social los extranjeros que no hayan obtenido las correspondientes autorizaciones para residir y realizar una actividad por cuenta propia (STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003 –AS 8272 de 2004–).

trato de trabajo, lo que no significa otra cosa que el autónomo carece de las notas de ajenidad y subordinación en la realización de su trabajo.

Finalmente, nos dice el art. 2.3º D. 2530/1970 que el autónomo puede no ser el titular de la actividad pero que existe presunción, salvo prueba en contrario, de que se trata de un trabajador autónomo cuando ostente la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo. Por tanto, para que surta efectos esta presunción será necesario acreditar que realmente se realiza tal actividad autónoma. Desde esta perspectiva, el pago del Impuesto sobre Actividades Económicas sirve, en principio, de medio de prueba para determinar la existencia de una actividad autónoma, pero por sí solo no supone el desarrollo real de la misma que es lo efectivo y determinante para la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos².

b) Habitualidad

El trabajo autónomo o por cuenta propia ha de ser desarrollado por el trabajador de forma habitual o continuada, lo cual permite excluir de este Régimen a las personas que se dedican a realizar una actividad de forma ocasional, como resulta claro en los trabajos de temporada en relación a la duración de ésta (art. 2.2º D. 2530/1970).

Se han presentado en la vida práctica dos casos de trabajadores cuya forma de llevar a cabo su actividad en atención, precisamente, a esta nota de habitualidad, han sido objeto de solución, bien por parte de la Administración, bien por nuestros Tribunales de Justicia. El primer tipo de trabajadores se refiere a los vendedores de helados en quioscos los cuales resultaron incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación de este Régimen Especial por la razón de “ser concesionarios de un puesto de venta en la vía pública” realizando en el mismo de forma habitual en la época veraniega, personal y directa una actividad consistente en la venta de helados, a título lucrativo y sin sujeción a contrato de trabajo. No resultó óbice para la Tesorería General de la Seguridad Social el hecho de que tal actividad comprendiera sólo los meses de verano.

En relación con el segundo tipo de trabajadores se trata de los subagentes de seguros, respecto a los cuales se plantea si la nota de habitualidad se da en ellos de cara a su inclusión o no en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. El Tribunal Supremo³ ha puesto en relación la nota de la habitualidad con la obtención de cierta cantidad de ingresos y así ha declarado que la obtención de ingresos económicos que superen el importe anual del salario mínimo interprofesional es indicio de habitualidad en la actividad. Respecto a los agentes de seguros no se plantea ningún problema en atención a que su trabajo es diferente al de los subagentes, y sí se presupone en

2. STS de 4 mayo 1996 (RJ 5285).

3. SSTS 29 de octubre 1997 (RJ 7683), 29 de abril 2002 (RJ 5687), 30 de abril 2002 (RJ 5689) y 3 de mayo 2002 (RJ 6349). Para un supuesto de una masajista autónoma: STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2003 (AS 1560), y de un taxista: STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2000 (AS 4592).

aquéllos su habitualidad en el desempeño de su profesión por mor de la Ley 9/1992, de 30 de abril y Ley 12/1992, de 27 de mayo.

c) Los parientes colaboradores

Ya hemos referido que el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive del autónomo que de forma habitual, personal y directa, colabore con él mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate y siempre que no tengan la consideración de asalariados respecto a aquéllos están obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Sin embargo, esta cuestión debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el art. 7.2º TRLGSS que establece que “no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, el cónyuge y los parientes hasta el segundo grado que convivan con el empresario y dependan económicamente de él o estén a su cargo, cuando estén ocupados en alguno de sus centros de trabajo”. De esta forma, el cónyuge y los familiares hasta el segundo grado colaboradores en el negocio o actividad del autónomo están incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siempre que convivan con él y dependan económicamente de él o estén a su cargo, salvo que demuestren la condición de asalariados de este autónomo. Si los parientes, en cambio, son de tercer grado, la presunción juega de forma contraria, es decir, ha de demostrarse, si quieren la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, su condición de tales o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de los restantes requisitos legales exigidos. De aquí que un pariente de tercer grado que, en principio, estaría obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha de probar que reúne el resto de las condiciones del art. 3 b D. 2530/1970⁴.

Por otro lado, el requisito de la convivencia del cónyuge o familiares pone de manifiesto que existe una comunidad de bienes en la que es prácticamente imposible demostrar la existencia de una relación laboral presidida por la idea de ajenidad, y donde esa convivencia impide la puesta a disposición del pariente en la organización del también pariente autónomo. Basta la convivencia en el mismo domicilio de trabajador y empresario para que opere la presunción de que el trabajo se realiza por cuenta propia⁵.

C. Otras inclusiones legales

a) Socios de compañías mercantiles

Los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de

4. STSJ de Asturias de 6 de octubre de 1995 (AS 3634).

5. STS de 26 de julio 2004 (RJ 7482).

forma habitual, personal y directa están incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (art. 3. c D. 2530/1970). Por un lado, los socios de sociedades mercantiles personalistas, al participar en el riesgo y ventura de la empresa, no plantean problemas de inclusión en el Sistema de Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ya que son trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, los socios de sociedades mercantiles capitalistas sí plantean problemas de encuadramiento en uno u otro Régimen; cuestión que ha sido resuelta por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, la cual modificó la redacción de los arts. 7.1º a y 97.2º a) k) y l) TRLGSS e introdujo la Disposición Adicional 27ª en esa Ley.

Esa DA 27ª que fue modificada, a su vez, por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, estableció que los socios de sociedades mercantiles capitalistas, que no sean administradores de las mismas, si trabajan para la sociedad, quedan incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos si poseen un control efectivo de la misma, sobre todo cuando poseen, al menos, la mitad del capital social.

Además, se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando:

- Posea, al menos, la mitad del capital social junto con su cónyuge, independientemente del régimen matrimonial por el que se rija el matrimonio⁶, o parientes hasta el segundo grado con los que conviva.
- Posea, al menos, la tercera parte del capital social
- Posea, al menos, la cuarta parte del capital social si, además, tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.
- En el resto de los supuestos, se presumirá que el trabajo es por cuenta ajena.

En cuanto a los parientes colaboradores de los socios de sociedades mercantiles capitalistas se presume que no existe relación laboral cuando se convive en el mismo domicilio con el cónyuge o con parientes hasta el segundo grado y entre todos ellos poseen, al menos, la mitad del capital social.

Sin embargo, los socios trabajadores de Sociedades Laborales, al amparo del art. 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, quedan incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando junto con sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción con los que convivan controlen, al menos, el cincuenta por ciento del capital social, salvo que acrediten que el control efectivo de la sociedad exige la participación de personas ajenas a las relaciones familiares, en cuyo caso conservarán la condición de trabajadores por cuenta ajena.

Finalmente, respecto a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado la DA 4ª TRLGSS contiene una excepción ala regla general ya que permite que elijan el Régimen de la Seguridad Social en el que quieren quedar encuadrados, bien Régimen General, bien Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁷.

6. STS 26 de julio 2004 (RJ 7482)

7. El RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, regula en su art. 8º el procedimiento para ejercitar la opción.

b) Administradores societarios

Estará obligatoriamente incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el consejero o administrador societario que posea, al menos, la mitad del capital social. Estos administradores o consejeros si, además, son retribuidos por la realización de funciones directivas o gerenciales, quedarán encuadrados en este Régimen cuando, además, posean una participación en el capital social no inferior al 25 por ciento o cuando exista una comunidad familiar con un interés económico común. El Tribunal Supremo⁸ ha entendido que el desempeño del cargo societario sin el percibo de remuneración no impide que se considere esa actividad como lucrativa, pues debe entenderse que quien dispone del control de la sociedad con la mitad o más de su capital y lleva a cabo funciones de consejero o administrador realiza una actividad encaminada a la obtención de beneficios y se obtiene aquélla, no como retribución directa, sino como una atribución patrimonial propia de la actividad empresarial.

El administrador de la sociedad mercantil capitalista puede tener un control indirecto de ésta que obligará a su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; es el caso, por ejemplo, del consejero de una Sociedad Anónima en la que, además, es gerente y el capital social está dividido; si aquél controla una de estas sociedades (que, a su vez, es la mayoritaria) se le aplicará, entonces, la DA 27^a.1.1^o TRLGSS siempre que su participación en el capital social de la sociedad que controla indirectamente sea al menos del cincuenta por ciento.

En cualquier caso, esa Norma establece la presunción *iuris tantum* de que se controla la sociedad cuando la persona que tiene atribuidas las funciones de dirección y gerencia posea, como mínimo, el veinticinco por ciento del capital social. Por el contrario, cuando el administrador que sea retribuido no tenga el control, directo o indirecto, de la sociedad estará incluido en el Régimen General o en cualquier otro Régimen Especial en el que reúna los requisitos, como asimilado a trabajador por cuenta ajena con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial (art. 97.2^o k) TRLGSS). Estos administradores societarios, debido a la naturaleza societaria de su vínculo con la empresa y a su asimilación con los trabajadores por cuenta ajena a los efectos de su encuadramiento en el Régimen General, no podrán ser dados de alta en este Régimen General a tiempo parcial⁹, salvo pluriactividad y alta en el Sistema de Seguridad Social o pluriempleo¹⁰.

Si el administrador carece de control sobre la sociedad y se limita a desempeñar ese cargo sin retribución quedará excluido del Sistema de Seguridad Social, ya que los dividendos que como socio pueda recibir no tienen la consideración de salario, ni su actividad lo sea a título lucrativo (art. 2^o D. 25530/1970)¹¹. Así, los administradores únicos, propietarios de su empresa, cuya actividad es la mera titularidad son equiparables

8. STS de 7 de mayo 2004 (RJ 4713).

9. STS de 1^o de julio de 2002 (RJ 9088)

10. STS de 5 de noviembre de 2002 (RJ 468 de 2003).

11. STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 1999 (AS 4210).

a los empresarios individuales que desempeñan las funciones inherentes a la titularidad del negocio¹², a los que la Ley (art. 93.2º OM 24-9-1970), lejos de obligarles a su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, les permite compatibilizar la pensión de jubilación con el mantenimiento de esa titularidad y consiguiente desempeño de esas funciones inherentes.

c) Transportistas con vehículo propio

El art. 1º.3.g) TRLET¹³ excluye de laboralidad la relación entre los transportistas con vehículo propio y las empresas para las que realizan los servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

d) Religiosos de la Iglesia Católica

El RD 3325/1981, de 29 de diciembre incluyó en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a los religiosos de la Iglesia Católica (religiosos de Derecho Pontificio) siempre que residan y desarrollen su actividad en el territorio nacional bajo las órdenes de sus superiores y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan. A partir de la O. 820/2004, de 12 de marzo quedan igualmente comprendidos en el campo de aplicación de este régimen Especial los religiosos de Derecho Diocesano.

A efectos de su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos quedan incluidos los períodos de profesión temporal por cuanto el Derecho Canónico entiende que una de las etapas que han de cubrir las personas que aspiran a la vida religiosa es la denominada profesión temporal con duración de tres años. Sin embargo, otros períodos anteriores a esta profesión temporal, como por ejemplo el período de noviciado y otros, no quedan incluidos.

e) Personas integradas en un Colegio Profesional

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, estableció en su DA 15ª las normas sobre integración de los colegiados en Colegios profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo cual implicó

12. STS de 30 de abril de 1987 (RJ 2845) que excluye de la obligación de afiliación y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la situación de mera titularidad del negocio.

13. A partir de la reforma mediante Ley 11/1994, de 19 de mayo, los transportistas quedan incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

que las Mutualidades de Previsión Social correspondientes que se configuraban como obligatorias debían transformarse en voluntarias. A partir de ese momento, las personas que ejerciesen una actividad por cuenta propia que se colegiasen en un Colegio cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos les sería obligatoria la afiliación a la Seguridad Social, bien en el citado Régimen Especial o bien mediante su incorporación a la Mutualidad que tuviese establecida dicho Colegio Profesional, sin que sea ello una obligación alternativa sino una opción voluntaria que permite la pertenencia a ambas¹⁴.

Con anterioridad a la actual regulación, el D. 2530/1970 establecía que los trabajadores por cuenta propia que para ejercer su actividad profesional necesitasen previamente estar integrados en un Colegio o Asociación Profesional quedarían incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando así lo solicitasen los órganos superiores de representación de tales entidades (art. 3.c)2º D. 2530/1970). Ello impedía que los profesionales cuyo Colegio o Asociación no hubiera instado la integración pudieran ser incorporados individualmente y por su voluntad al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. A partir de lo dispuesto en este Decreto se han ido incorporando distintos grupos de trabajadores¹⁵ que deben optar por este Régimen Especial pero que no implica, en absoluto, su desvinculación con la Mutualidad correspondiente que puede seguir operando como instrumento de previsión social complementaria¹⁶.

14. STS de 25 de enero de 2000 (RJ 657).

15. Administradores de Fincas Urbanas (Res. 22.1.1987, idem de Loterías (Circular 20-3-1987), Agentes comerciales (Res. 6-7-1987), idem especializados en aceites (Res. 24-11-1972), Agentes Propiedad Industrial (OM 20-10-1981), Agentes y Comisionistas de Aduanas (OM 7-10-1981), Agentes propiedad Inmobiliaria (RD 2830/1978), Agentes Seguros (D 806/1973), Agricultores no incluidos en REA (D. 118/1975), Asistentes Sociales (OM 29-7-1987), Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante (OM 6-4-1989), Censores Jurados de Cuentas (OM 13-4-1982), Conductores reparto butano no propietarios vehículo (Circular 28-7-1979), Delineantes (Circular 20-1-1981), Decoradores (Circular 2-11-1981), Diplomados Trabajo Social (OM 29-7-1987), Distribuidores Oficiales Butano SA (Res. 23-10-1972), Doctores y Licenciados en Ciencias Físicas (OM 13-2-1989), Idem en Ciencias Políticas y Sociología (OM 27-10-1988), Economistas (OM 17-7-1981), Escritores Libros (RD 2621/1986), Farmacéuticos titulares de Farmacia (RRDD 2649/1978 y 3328/1983), Gestores intermediarios en promociones de edificaciones (Res. 24-10-1989), Graduados Sociales (D 2551/1971), Herradores y esquiladores de ganado (Res. 7-8-1974), Ingenieros Agrónomos (OM 11-3-1993), Ingenieros Técnicos, Facultativos y Peritos de Minas (OM 1-4-1982), Naturópatas (Res. 17-9-1993), Odontólogos y Estomatólogos (OM 25-9-1981), Ópticos (OM 9-3-1990), Periodistas (Escr. 28-3-1990), Peritos y Tasadores Seguros (OM 12-1-1971), Profesionales colegiados a partir de 10-11-1995 sin Mutualidad (L 30/1995), Profesores Titulados de Autoescuelas (Res. 27-12-1985), Receptores de Apuestas Deportivas (Res. 26-5-1986), Religiosos de la Iglesia Católica, salvo relación laboral (RD 3325/1981 y Res. 26-12-1988), Subagentes Seguros (Res. 18-5-1992), Taxistas (Res. 8-9-1976), Titulados mercantiles (OM 18-12-1981), Tractoristas propietarios de su tractor que alquilan servicios a titulares de explotaciones agrarias (Res. 25-9-1975), Vendedores de prensa (Res. 27-12-1984), Veterinarios (OM 3-10-1981), Vigilantes nocturnos (RD 2727/1977 y Res. 24-10-1979), Cuerpo único de Notarios (RD 1505/2003, de 28 noviembre) y Religiosos de Derecho Diocesano (Orden TAS 820/2004, de 12 marzo).

16. STS –Sala de lo Contencioso– de 22 de junio de 2004 (RJ 3959).

D. Contingencias profesionales

Ya hemos dicho que una de las características del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos había sido la inexistencia de contingencias profesionales, es decir de accidentes y enfermedades derivados de los riesgos propios de la actividad profesional en el ámbito de la cobertura de su acción protectora¹⁷. El art. 115.1º TRLGSS establece el concepto de accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”¹⁸. En el mismo sentido, el art. 116.1º TRLGSS conceptúa la enfermedad profesional como “la contraída a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena...”. De tal suerte que las lesiones que sufriera el autónomo en su vida profesional con ocasión o por consecuencia de su trabajo, así como las enfermedades por esa causa, al no ser el trabajo en ningún caso por cuenta ajena, aquéllas y éstas tenían el mismo tratamiento legal que el dispensado a un accidente o enfermedad común.

La Ley 53/2002 añadió la DA 34ª al TRLGSS permitiendo a los trabajadores autónomos mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora del Régimen Especial, incorporando la protección correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, pero siempre que, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por Incapacidad Temporal¹⁹.

Con esta nueva Disposición se reconoció legalmente lo que ya se había pactado con los interlocutores sociales en el Pacto de Pensiones de 9 de abril de 2001, y supuso una mejora en el nivel de protección dispensado por el sistema público de Seguridad Social en coherencia con lo ya establecido hace años en la Unión Europea, como los Reglamentos 1408/1971 de 14 junio y 574/1972, de 21 marzo que no prestan atención a si el trabajo realizado se canaliza o no a través de un contrato de trabajo.

La regulación actual que tenemos describe las situaciones de accidente y enfermedad profesionales así como el coste económico de la protección por las mismas. Así, por un lado tenemos el RD 1273/2003, de 10 de octubre que desarrolla esa Norma, en relación a la caracterización de las contingencias profesionales del autónomo y, de otro lado, el RDL 2/2003, que en su Anexo 2 contempla los tipos de cotización según la ac-

17. SEMPERE NAVARRO, A.V., *Aproximación del RETA al RGSS*, Tribuna de Actualidad Aranzadi, núm. 577/2003.

18. Interpretación amplia del concepto: por todas: SSTS 14 de abril y 4 de noviembre de 1988 (RJ 2963 y 8530, respectivamente).

19. El plazo inicial para cotizar voluntariamente por accidente de trabajo y enfermedad profesional se abrió el pasado 1º de enero de 2004 y concluyó el 28 de febrero. No obstante se ha solicitado, a través de enmienda a los Presupuestos Generales del Estado para 2005, que se abra un nuevo plazo para permitir a los autónomos que no se acogieron en su momento a la cobertura por riesgos profesionales que puedan hacerlo dentro de breves fechas y no tengan que esperar tres años tal y como se determina legalmente en la actualidad. Se ha establecido un nuevo período de opción que abarca desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2005 con efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se ejercite y hasta el día en que finalice la realizada por la cobertura de la IT por contingencias comunes, aunque no coincida con un período de tres años (RD 753/2005, de 24 de junio).

tividad económica del autónomo y que viene señalado con su epígrafe correspondiente. Esta última Norma reglamentaria es acorde con la tarifa de primas recogida en el RD 2930/1979 en relación con la DA 34ª TRLGSS.

El art. 1º RD 2930/1979 y su Anexo 2 contienen siete epígrafes de cotización por contingencias profesionales de los autónomos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuyos tipos de cotización van de menor a mayor según la menor o mayor peligrosidad de la actividad desarrollada por los mismos.

La ampliación opcional de la cobertura de las contingencias profesionales para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es una medida que se establece en consonancia con las Directrices europeas²⁰ y con la práctica bastante generalizada de extensión de esta cobertura a personas no trabajadoras, incluso no profesionales²¹ o a trabajadores autónomos pertenecientes a otros Regímenes Especiales²². Ahora la referencia de mejora es exclusivamente para los autónomos incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, de tal modo que las contingencias protegidas no difieren de las que así se encuentran en el Régimen General o Especiales de la Seguridad Social, la enfermedad y el accidente sean comunes o profesionales, que ofrecen tratamiento jurídico diferente en atención al origen común o profesional del riesgo.

De esta suerte, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional ya no quedarán encuadrados dentro de las contingencias comunes²³ y cabrá, por tanto, distinguir causas profesionales y causas comunes, con previsiones más favorables para estas últimas para el cálculo y reconocimiento del derecho a las prestaciones. El reconocimiento de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales necesitará la afiliación y el alta del autónomo y la opción por ampliar su acción protectora a estos riesgos, ya que no podremos hablar aquí del principio de automaticidad de las prestaciones aplicable tan sólo respecto a trabajadores por cuenta ajena cuyos empresarios hubiesen incumplido sus obligaciones (art. 125.3º TRLGSS).

No obstante, así como se ha producido una equiparación en el aseguramiento de los riesgos profesionales entre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y los de-

20. Reglamentos 1408/1971 de 14 junio y 574/1972, de 21 marzo, citados en nota anterior.

21. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 57

22. MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia", en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, La Fraternidad-Muprespa-UNED, Madrid, 2000, pp. 311 y ss. CASAS BAAMONDE, M.E., *Autónomos agrarios y Seguridad Social*, Madrid, 1975, p. 192 con referencia al aseguramiento de estos autónomos en los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, aunque ese aseguramiento era obligatorio. En cuanto a trabajadores autónomos del mar, el art. 42 del D. 2864/1974, de 30 de agosto establece esa cobertura de riesgos profesionales para los mismos. Vid., igualmente, SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A., *La nueva regulación del RETA*, op. cit., pp. 911 a 915.

23. Vid. STC 38/1985 de 13 febrero y STS 26-1-1998. Igualmente: SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., "Sobre las desigualdades entre y en los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Tomo XIII, Madrid, 1995, pp. 92 y ss.

más Regímenes Especiales de la Seguridad Social, la equiparación en la ordenación de estas contingencias no es idéntica, dado que los autónomos podrán tener esta cobertura si así lo desean, es decir, es algo voluntario, mientras que el resto de trabajadores, ya del Régimen General ya de los Especiales, tienen esta cobertura con carácter obligatorio.

Por tanto, los trabajadores autónomos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos pueden elegir el tener o no cubiertos los riesgos profesionales, pero si optan afirmativamente se les exige con carácter previo o simultáneo haber optado también por tener asegurada la prestación económica por Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes y, por ende, incrementado el tipo de cotización aplicable. Desde esta perspectiva, si los autónomos no eligen la cobertura de riesgos profesionales se encontrarán con que cualquier riesgo, independientemente de que su causa sea o no profesional, será calificada a efectos de cobertura como contingencia común.

En idéntico sentido, los autónomos que hayan elegido la cobertura de la Incapacidad Temporal y de los riesgos profesionales pueden renunciar a éstos últimos y mantener la Incapacidad Temporal; pero si la renuncia es a la prestación económica de Incapacidad Temporal se producirá también de forma automática la renuncia a la cobertura de los riesgos profesionales. Es decir, la cobertura de la prestación económica por Incapacidad Temporal y la cobertura de riesgos profesionales deberán ir siempre unidas.

Además de la nota de voluntariedad en la cobertura de los riesgos profesionales, ahora citada, hay otra consideración que hace que la ordenación de las contingencias profesionales en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se diferencie del Régimen General de la Seguridad Social. Es el concepto de accidente de trabajo que se establece ahora en la Ley (DA 34 TRLGSS) y RD 1273/2003 de desarrollo, de forma más restrictiva pues se exige una relación de causalidad directa e inmediata entre el trabajo por cuenta propia y la lesión sufrida, en consonancia con lo que ya se venía exigiendo a los autónomos pertenecientes a otros Regímenes especiales, como el Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores del Mar²⁴.

Desde esta perspectiva, como analizaremos ahora, la exigencia de causalidad directa en el accidente de trabajo deja sin cobertura los accidentes producidos “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo por cuenta propia, como por ejemplo el accidente *in itinere*.

1. Accidente de trabajo

El nuevo concepto de Accidente de Trabajo para el supuesto de que el trabajador sea un trabajador autónomo perteneciente al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

24. A tenor del art. 31.4º Ley de Sociedades Anónimas a efectos del Régimen Agrario accidente de trabajo “es el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en la explotación de que sean titulares”. Respecto a trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar, el art. 41-2º del Texto Refundido de dicho Régimen establece que es accidente de trabajo “el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realicen por su cuenta y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario”.

mos es el contenido en el párrafo 2º de la DA 34 TRLGSS plasmado también en el Reglamento de desarrollo (art. 3º RD 1273/2003): “Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial”.

A tal efecto, tendrán la consideración de accidente de trabajo:

- a) Los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- b) Las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia.
- c) Las enfermedades, no incluidas en el apartado 5 de este artículo, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquél.
- d) Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de las lesiones constitutivas del accidente.
- e) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

En el concepto y listado no se encuentra comprendido aquel accidente “que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo” a que se refiere el art. 115.1 TRLGSS para los trabajadores por cuenta ajena; concepto dispuesto ahora por el legislador que, sin embargo, es más parecido al establecido legalmente para los trabajadores del Régimen Especial Agrario (art. 31.4º D. 2123/1971)²⁵ y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (art. 41.2º D. 2864/1974)²⁶.

a) *Lesión*

Los elementos que configuran el accidente de trabajo son²⁷: la lesión, el trabajo y la relación de causalidad entre la lesión y el trabajo. Del concepto legal de accidente de trabajo no aparece el elemento de la lesión, pues se entiende por accidente de trabajo “el ocurrido...”. Sin embargo, como el accidente debe mostrarse al exterior a través de

25. Dispone este precepto: “A los efectos de la presente Ley se entenderá como accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario en la explotación de que sean titulares”.

26. Establece ese artículo lo siguiente: “Se entenderá por accidente de trabajo de los trabajadores a que este artículo se refiere (trabajadores por cuenta propia) el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan por su propia cuenta y que determina su inclusión en el Régimen Especial del Mar”.

27. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 2000, p. 57.

alguna manifestación corporal o patología o enfermedad –física o psíquica– producidas o desencadenadas directa e inmediatamente de su trabajo, alguna o varias de estas manifestaciones es lo que constituyen la lesión. El concepto de accidente de trabajo, por tanto, no limita la lesión concreta que deba aparecer o resultar del accidente, pues puede ser omnicompreensivo de cualquier lesión con tal de que ésta derive del trabajo.

Es el RD 1273/2003 quien concreta el concepto de accidente de trabajo a través de un listado incluyendo no sólo las lesiones producidas durante el tiempo y lugar de trabajo sino también las eventuales agravaciones de lesiones anteriores sufridas por accidente de trabajo así como las consecuencias modificadas en su naturaleza, gravedad o terminación por enfermedades intercurrentes en consonancia con el art. 115.2º f) y e) TRLGSS para el Régimen General.

b) *Trabajo por cuenta propia*

El concepto de accidente de trabajo está referido al trabajo realizado por el autónomo el cual ha dado lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Es decir, se trata de una lesión producida en el trabajo realizado por el autónomo de forma habitual, personal y directa a título lucrativo. Si el autónomo está realizando varias actividades pero sólo incluido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por una de ellas podría darse el caso de sufrir un accidente de trabajo al realizar la actividad excluida del Régimen Especial y, por ello, no estar jurídicamente protegido a pesar de ser un accidente de trabajo. Por analogía y a pesar de la dicción legal “*como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta*” se debería aplicar el art. 115.2º TRLGSS cuando declara la existencia de accidente de trabajo del trabajador por cuenta ajena “que sufra con ocasión o por consecuencia de las tareas que sean distintas a las de su categoría profesional”.

Sin embargo el trabajador autónomo se inserta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por un tipo concreto de actividades a realizar sin que quede obligado a declarar las posibles y eventuales restantes²⁸, las cuales quedarían sin cobertura por accidente de trabajo. También presenta problemas el tema de la pluriactividad, cuando el autónomo realiza una actividad que da lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y otra en otro Régimen Especial, donde el autónomo se verá jurídicamente desprotegido ante un accidente ocurrido en la actividad del otro Régimen Especial que no incluya su protección, pues esa consideración no se puede aplicar en el de Autónomos.

Además de estas exclusiones para el autónomo que serían cubiertas, eventualmente, como contingencia común, existen otras que incluye el art. 115.2º TRLGSS para

28. PANIZO ROBLES,, J.A., “La ampliación de la protección social de los autónomos: la cobertura de los riesgos profesionales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 53/2003, pp. 143 y ss, especialmente p. 150, aduciendo que esta cuestión hubiese quedado totalmente resuelta si al autónomo se le obligase a declarar todas las actividades que realiza, admitiéndose, en consecuencia, el alta múltiple.

los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, referidas a los accidentes que sufra con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical o los ocurridos al ir o volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. Si el autónomo sin trabajadores a su servicio tiene derecho de afiliación a cualquier sindicato que elija, como manifestación de su derecho fundamental a la libertad sindical, cuando se encuentre en el desempeño de un cargo electivo de su sindicato no debe encontrar obstáculos para el pleno desarrollo de su ejercicio, debiéndose arbitrar todas las medidas legales que hagan efectiva esa libertad fundamental, en igualdad al resto de trabajadores por cuenta ajena, incluyéndose como de trabajo aquellos accidentes que el autónomo sufriese como consecuencia del ejercicio de ese cargo y al ir o volver al lugar de desempeño del mismo.

c) *Relación de causalidad entre la lesión y el trabajo*

Esta relación de causa a efecto viene establecida en la DA 34^a TRLGSS y art. 3^o RD 1273/2003 al disponerse que el accidente debe sufrirse “como consecuencia directa e inmediata” del trabajo que ejecute el autónomo por cuenta propia. El establecimiento legal de esta causalidad “directa e inmediata” es una forma de acotar el concepto de accidente de trabajo, restringiéndolo respecto a los trabajadores por cuenta ajena pues los autónomos se supone que están fuera del círculo de organización y dirección del empresario, que no tienen una jornada de trabajo ni un salario por su disposición a esos poderes y que, en definitiva, ni directa ni inmediatamente puede su trabajo provocarles un accidente. Nuevamente podemos plantear la situación de dependencia económica del autónomo y advertir los accidentes indirectos y mediatos que se van a poder producir en su persona y que, sin embargo, van a quedar extramuros de protección por riesgo profesional. No obstante, la solución pasaría por regular de una forma específica los derechos de Seguridad Social del autónomo dependiente pues, efectivamente, desarrolla su trabajo en similar situación y condiciones que el trabajador ordinario, pudiéndose interpretar entonces la dicción “directa e inmediata” en los mismos términos que respecto al accidente de trabajo de cualquier trabajador ordinario.

Los accidentes sufridos “con ocasión” del trabajo quedan, por tanto, excluidos del concepto de accidente de trabajo por lo que su tratamiento entraría de lleno en el régimen de las contingencias comunes. Son excluidos aquellos supuestos de causalidad indirecta o remota, para admitir solamente las lesiones que sufra el autónomo cuando el factor trabajo ha sido el detonante directo e inmediato de aquéllas. Quedaría excluido el accidente provocado (dolo o imprudencia temeraria) al autónomo por otro trabajador por cuenta ajena o propia que trabajase en el mismo centro de trabajo, también el ocurrido con imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual del trabajo y que derive de la confianza que éste inspira, el cual, sin embargo, sí se contempla para los trabajadores del Régimen General (art. 115.5 a) TRLGSS).

No obstante, el art. 3.4^o del RD 1273/2003 prevé un supuesto que no impediría la calificación de sus consecuencias como derivadas de accidente de trabajo, es el supuesto de concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero, salvo que no

guarde relación alguna con el trabajo; supuesto éste donde se aprecia el tratamiento igual con los trabajadores del Régimen General a tenor del art. 115-5 b) TRLGSS.

También quedan excluidos los accidentes fortuitos, los de fuerza mayor y los accidentes, en fin, *in itinere*²⁹; en todos estos supuestos excluidos para el autónomo –contemplados en el mismo art. 3º del RD 1273/2003– la diferencia con los trabajadores por cuenta ajena para los que sí serían accidentes de trabajo es que éstos tienen vínculo jurídico distinto. Son, en definitiva, dos tipos de trabajadores laboralmente diferentes, porque trabajan de forma jurídica diferente; sin embargo, cuando las lesiones son manifestadas durante la jornada laboral y en el lugar de trabajo (ambas condiciones tienen ambos tipos de trabajadores) se debe presumir la existencia de nexo de unión y, por tanto, de accidente de trabajo³⁰.

La protección social de unos y otros trabajadores es diferente aunque esta desigualdad no sea considerada discriminatoria³¹. No obstante, sería deseable llegar a su equiparación, y corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso. La ocasión se ha tenido recientemente a través de la DA 34ª TRLGSS y en su desarrollo reglamentario a través del RD 1273/2003, pero más que pensar en esa equiparación social de los trabajadores autónomos dependientes con los que lo son por cuenta ajena, ha querido equipararlos, aunque sin conseguirlo, con los otros autónomos, los agrarios y los del mar, de los que, sin embargo, por la forma de realización de su trabajo se distancian mucho.

2. Enfermedad profesional

El concepto de enfermedad profesional para los trabajadores autónomos del art. 3º RD 1273/2003 es el mismo que el utilizado para los trabajadores por cuenta ajena por el art. 116 TRLGS, e igual que el utilizado para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario (art. 31.4º D. 2123/1971 y art. 45.2º D. 3772/1972) y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (art. 41.2º D 2864/1974). La enfermedad profesional “es la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, en la actividad en virtud de la cual el trabajador esté incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades contenidos en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al RD 1995/1978, de

29. MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (art. 40. cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 240 de 2003, p. 37. Por otro lado, conviene poner de manifiesto que en la tramitación del RDL 2/2003, como Proyecto, se formularon algunas iniciativas pretendiéndose que el accidente *in itinere* se extendiese de forma expresa a los autónomos (BOC Senado. Serie II, de 7-10-2003).

30. SSTSJ de Andalucía de 10-1-2000 (I.L. J504) y del País Vasco de 29-2-2000 (AS 776).

31. STC 103/1984; 114/1987 y 38/1995, de 13 febrero.

12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social”.

Para que una enfermedad sea profesional se requiere que ésta sea contraída a consecuencia del trabajo ejecutado, se especifique en el cuadro correspondiente y esté provocada por los elementos o sustancias que se indiquen para cada una de ellas, es decir, hace falta que concurra los tres elementos de lesión o enfermedad, trabajo por cuenta propia y nexa causal entre ambos.

a) *Lesión*

El primer elemento del concepto legal de enfermedad profesional es la lesión o enfermedad provocada por la acción de elementos y sustancias especificados en la lista de enfermedades profesionales. La enfermedad profesional debe haberse producido, por tanto, por la acción de alguno o algunos de los elementos, sustancias o agentes detallados en el Anexo del RD 1995/1978. De tal modo que si la enfermedad profesional se produce por la concurrencia de otros elementos, sustancias o agentes ajenos a esa lista se producirá una enfermedad pero no profesional o, eventualmente, sí podría tener la consideración de accidente de trabajo si ha sido adquirida como consecuencia directa e inmediata de su trabajo por cuenta propia.

b) *Trabajo por cuenta propia*

El concepto de enfermedad profesional es, como hemos visto, amplio e igual para todos los trabajadores de todo tipo y que realicen un trabajo de cualquier forma y que pertenezcan a cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social. El concepto no es restrictivo como el de accidente de trabajo y, por tanto, no es necesario que la enfermedad se produzca como consecuencia de la actividad que dio lugar a su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o que se produzca en otra actividad incluida en el ámbito de aplicación de otro Régimen. La razón de todo ello es que de la enfermedad profesional se conoce de antemano su naturaleza jurídica y una vez actualizada mantiene esa naturaleza para todos los trabajadores sean autónomos o no. Sin embargo el accidente de trabajo que conocemos cómo está configurado legal y jurisprudencialmente se aplica a unos trabajadores y a otros no: la diferencia nuevamente es el distinto vínculo jurídico existente entre el autónomo y el empleador, sin reparar en aquellos autónomos que lo son jurídicamente pero que son dependientes económicamente del mismo; por tanto se hallarían en las mismas condiciones que el resto de trabajadores ordinarios, como ya hemos referido³².

32. BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blach, Valencia, 2002, p. 246.

c) *Relación de causalidad entre la lesión y el trabajo*

Exclusivamente existe nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad cuando el trabajo realizado esté en la lista cerrada prevista en la Ley y la enfermedad sea acreditada por la participación de unos concretos elementos, sustancias o agentes que también se prevén legalmente. Si estas dos premisas concurren se presume *iuris tantum* que estamos ante una enfermedad profesional, sin que el enfermo tenga que aportar prueba alguna.