

EL CONCEPTO DE TRABAJADOR POR CUENTA AJENA EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO Y EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

por Antonio MARTIN VALVERDE
Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad
de Valencia

I) DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Una de las cuestiones más incitantes que plantea el sector del ordenamiento jurídico que se designa con el nombre de la Seguridad Social es si este sector merece ser contemplado desde una disciplina autónoma o desde los «planos de observación» (1), que proveen otras ramas del conocimiento del Derecho; señaladamente, dentro de esta segunda alternativa, el Derecho del trabajo y/o el Derecho administrativo.

El repaso a la doctrina científica que ha abordado el problema revela que la opinión mayoritaria se inclina por considerar más fructuoso el estudio de la Seguridad Social desde el Derecho del trabajo (2). En cualquier caso el debate no está cerrado, dado el vertiginoso dinamismo de los sectores del ordenamiento considerados. Es, desde luego, posible que en fecha no lejana cambien radicalmente los términos de la cuestión y queden desvirtuados para situaciones futuras los argumentos válidos apoyados en la situación presente (3).

Pero la cuestión de si el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho del trabajo son el contenido de una unidad científica o sólo parcelas del ordenamiento interfe-

(1) Esta expresión, en el contexto del tema, en M. ALONSO OLEA: «Régimen jurídico de la Seguridad Social», en *Rev. Adm. Páb.*, 1956, núm. 19, págs. 179 y 180. El estudio citado es un planteamiento profundo y detallado de la cuestión de referencia. Aparece resumido en *Instituciones de Seguridad Social*, del mismo autor, Madrid, 1959, páginas 17-23.

(2) Un extenso panorama doctrinal de la cuestión en J. MEILÁN GIL: *El Mutualismo Laboral*, Madrid, 1963, págs. 65 y sigs.

(3) ALONSO OLEA, decidido defensor en las obras citadas en nota (1) de la asimilación de la Seguridad Social en el Derecho del trabajo, prevé esta posibilidad y enumera los cambios que habían de producirse para ello. Ver págs. 184 y sigs.

rentes, pero separadas, no es lo que nos va a ocupar. Sólo interesa, a los efectos de este trabajo, como vía de acceso a la realidad normativa que expondremos y consideramos en estas páginas. A saber: los conceptos de trabajador por cuenta ajena en las normas positivas del ordenamiento español componentes del Derecho individual del trabajo y del Derecho de la Seguridad Social y la comparación entre unos y otros. Porque, justamente, uno de los argumentos clave del carácter laboral de las normas de Seguridad Social es la ecuación, o por lo menos semejanza, entre ambos conceptos. Quede sentado, pues, desde ahora, que *marginamos la cuestión del encuadramiento científico de la Seguridad Social y orientamos la investigación a la obtención de otros posibles frutos.*

¿Cuáles nos pueden ofrecer este estudio? Primeramente, la exposición y ordenación de datos normativos, que al aparecer en diferentes cuerpos legales no suelen ser contemplados en conjunto.

En un terreno no ya meramente expositivo, sino doctrinal, el desvelamiento de la realidad normativa a que nos referiremos se manifiesta enormemente rico en sugerencias. No parece posible no ya tratarlas, sino ni siquiera mencionarlas todas ellas. Nos concentraremos, pues, en algunas: las referentes a la fundamentación jurídica de las diferencias que se aprecien entre los conceptos manejados.

II) LA REALIDAD NORMATIVA

A) *Concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo*

Como es sabido, la ley de Contrato de trabajo (Lct) opera la delimitación del concepto de trabajador por cuenta ajena incluido en su ámbito de aplicación por una triple vía: 1) Por definición (art. 1.º). 2) Por enumeración (art. 6.º); y 3) Por exclusión (arts. 2.º, 7.º y 8.º).

El valor científico de la vía de enumeración es escaso. En realidad, no aporta nada a los datos que puedan obtenerse por los otros procedimientos delimitativos. Su virtualidad es únicamente aclaratoria: dejar expresamente declarada la naturaleza jurídico-laboral de ciertas relaciones que pudieran parecer dudosas: aprendizaje, trabajo a domicilio, representación de comercio (4).

La vía de definición es, en cambio muy fructífera. El art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo define (implícitamente) al trabajador por cuenta ajena como la parte deudora de trabajo en el contrato de trabajo, esto es, en el contrato de prestación onerosa de servicios por cuenta ajena. Lo que nos interesa aquí subrayar es la importante limitación aportada por este concepto jurídico al concepto de trabajador por cuenta ajena

(4) Por ello, tanto M. ALONSO GARCÍA como BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA censuran la inclusión de la mayor parte de los términos de la enumeración que se refieren a situaciones lo suficientemente claras para que huelgue toda referencia expresa. El primero, en *Derecho del Trabajo*, tomo II, Barcelona, 1960, pág. 90. Los segundos, en *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1962, pág. 296.

que muestran las ciencias sociales y que subyace al lenguaje vulgar. Esta limitación es la siguiente: para las ciencias sociales y el lenguaje vulgar la consideración de trabajador por cuenta ajena no se pierde con la pérdida del empleo efectivo. Lo que cuenta es la capacidad previsible para trabajar y la voluntad de hacerlo (5). Para el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo, es decir, en líneas generales, para el Derecho individual del trabajo son sólo trabajadores por cuenta ajena los vinculados por relación laboral. Esto supone que se está en la órbita de este sector del ordenamiento en las situaciones de empleo efectivo o, en eficacia latente, en la situación de suspensión.

Mediante la vía de exclusión que emplean los artículos 2.º, 7.º y 8.º de la ley de Contrato de trabajo el legislador aporta nuevas limitaciones al concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo. Porque la pregunta de si el trabajador excluido sigue siendo trabajador parece, en el plano de la construcción jurídica, que ha de ser contestada negativamente. La situación que en estos casos se presenta puede ser descrita con los términos que, a otros efectos, ha empleado Borrajo (6): los trabajadores excluidos *materialmente* puede que sean trabajadores por cuenta ajena, pero *formalmente*, lo que equivale a decir *jurídicamente* (a los efectos jurídicos del sector del ordenamiento contemplado) no lo son. Con esta premisa metódica y los datos normativos de los artículos citados tenemos que, para el sector del ordenamiento que consideramos, no son trabajadores por cuenta ajena:

- a) Las personas que ceden los frutos de su trabajo en régimen de trabajo familiar sin percibir salario (art. 2.º, a).
- b) Las personas que, ocasionalmente, ceden los frutos de su trabajo con carácter amistoso, benévolo o de buena vecindad (art. 2.º, b).
- c) Los servidores domésticos (art. 2.º, c).
- d) Los empleados en cargos de alta dirección, gobierno y consejo (art. 7.º).
- e) Los funcionarios públicos (art. 8.º).

No es este el momento de adentrarnos en una investigación del fundamento jurídico de estas exclusiones. Lo que nos importa, por ahora, retener de estas grandes líneas del concepto que hemos esbozado es: que las únicas situaciones que en él se contemplan son las de activo y suspenso, y que, jurídicamente, no son trabajadores por

(5) Por eso se siguen considerando trabajadores a los enfermos no incapacitados de modo absoluto y definitivo y a los desempleados (ambos supuestos encuentran un género común en la expresión «trabajadores en situación de inactividad forzada» que emplea sistemáticamente J. J. DUPEYROUX: *Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 1965, pág. 73, por ejemplo). No pueden, en cambio, considerarse trabajadores inválidos, los vagos y los jubilados. Que esta terminología es la empleada en las Ciencias Sociales lo ilustra el siguiente ejemplo: las estadísticas de población laboral activa real se forman incluyendo a los parados forzados; ver M. ALONSO OLEA: «Desarrollo económico y empleo», en *Rev. de Trab.*, 1964, 6, pág. 16.

(6) E. BORRAJO DACRUZ: *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid, 1962. En la página 101 se emplea esta terminología para un caso idéntico: la exclusión de las cuotas de Seguridad Social del concepto de exacción parafiscal; idéntico, decimos, en cuanto se refiere a su contextura formal; no, obviamente, en cuanto al contenido.

cuenta ajena los que acabamos de enumerar. Las diferencias que el concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho de la Seguridad Social opera versan sobre uno y otro de estos dos puntos.

B) *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho de la Seguridad Social*

El Derecho de la Seguridad Social no tiene elaborado un concepto de trabajador por cuenta ajena. Tal sujeto de derecho tiene, sin embargo, una importancia capital en la delimitación de lo que se llama, en la expresión clásica, campo subjetivo de aplicación de los Regímenes de Seguridad Social (7).

El concepto de trabajador por cuenta ajena en las normas de Seguridad Social está, pues, remitido al que de él se prevé en el Derecho individual del trabajo, esto es, al que, a grandes rasgos, se ha delimitado en el apartado anterior (8). Pero este trasplante difícilmente podía realizarse sin algunas correcciones. Tales correcciones existen, efectivamente, en el Derecho español de la Seguridad Social. Unas veces las normas las indican expresamente, otras están implícitamente contenidas en la regulación. Existe, pues, en nuestro Derecho positivo, una adaptación conceptual que, descrita en la terminología de Borrajo, quedaría formulada en los siguientes términos: quienes materialmente son trabajadores por cuenta ajena y a los efectos jurídicos del Derecho individual del trabajo no lo son, van a pasar a serlo, de hecho y de derecho, a los efectos jurídicos del Derecho de la Seguridad Social.

Todas las correcciones del concepto de trabajador por cuenta ajena que pueden operarse al ser trasplantado al Derecho de la Seguridad Social, quedan encuadradas en las cuatro combinaciones siguientes:

- Inclusión en el campo subjetivo de aplicación de algún Régimen de trabajadores por cuenta ajena excluidos del Derecho individual del trabajo.
- Viceversa de la anterior: exclusión del campo subjetivo de aplicación de las normas de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena según el Derecho individual del trabajo.
- Protección al trabajador por cuenta ajena en situaciones que han salido de la órbita del Derecho individual del trabajo.
- Viceversa de la anterior: exclusión del campo de aplicación de algún Régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena en situaciones contempladas por el Derecho individual del trabajo.

(7) Que la importancia de tal concepto aparezca en el campo de aplicación revela, paradójicamente, que, por sustituible, no es un concepto esencial.

(8) Este criterio interpretativo parece, desde un punto de vista lógico-jurídico, el más probable. En el artículo 8.º del Reglamento del Mutualismo Laboral de 10-IX-54 está recogido expresamente: «son mutualistas los... que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena con arreglo a la ley de Contrato de trabajo...»

De todas estas combinaciones encontramos ejemplos en nuestro Derecho positivo, y a la detección de las mismas dedicamos el núcleo de este estudio. Pero, dado que la Seguridad Social es un mundo legislativo bastante complejo, sería peligrosamente abstracto establecer las correcciones, diferencias o divergencias indiscriminadamente. Se hace preciso acudir a una clasificación que nos aisle conjuntos normativos dentro de los que estas diferencias aparezcan uniformemente (o casi) para cada conjunto. Para nosotros esta clasificación nos separa los siguientes conjuntos:

- a) El Régimen de Accidentes de Trabajo (común a todos los trabajadores por cuenta ajena, sean de la industria, de los servicios o de la agricultura).
- b) Los Regímenes de Seguros Sociales Unificados y Mutualismo Laboral (específicos de los trabajadores industriales y de servicios).
- c) El Régimen Especial Agrario (específico de los trabajadores del sector primario) (9).
- d) El Régimen Especial de los Servidores Domésticos.
- e) Los Regímenes de los Funcionarios Públicos.

a) *El trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo y en el Régimen de Accidente de Trabajo.*—De los conjuntos normativos que hemos aislado el Régimen de Accidentes de Trabajo es el que menos correcciones opera sobre el concepto de trabajador por cuenta ajena afecto a la órbita del Derecho individual del trabajo. En líneas generales puede afirmarse la equivalencia de ambos conceptos delimitativos. Pero incluso aquí esta generalización no va sin excepciones.

En primer lugar encontramos que la obligación de contratar el Seguro de Accidentes de Trabajo surge, *ex lege*, de la situación de empleo efectivo; y desaparece, automáticamente, con la desaparición de tal situación (10). No podría ser de otra manera dado que el riesgo protegido está conectado, por definición, con la efectiva prestación de servicios. Pues bien; en este sentido, el concepto de trabajador por cuenta ajena del Régimen de Accidentes de Trabajo es más restringido que el del Derecho individual del trabajo que, como vimos, contempla también la situación de suspensión de la prestación de servicios (aunque sólo sea a efectos del derecho a la conservación del puesto de trabajo). En suma: el trabajador en suspenso sigue en el ámbito del Derecho individual del trabajo y ha salido del abarcado por el Régimen de Accidente del Trabajo.

En segundo lugar, existen trabajadores por cuenta ajena excluidos del Régimen de Accidentes de Trabajo y no del ordenamiento laboral, y viceversa: personas que ceden a otras los frutos de su actividad productiva sin ser trabajadores por cuenta ajena (según el Derecho individual del trabajo) que sí están en el ámbito subjetivo de cobertura del Régimen de Accidentes de Trabajo. Estas divergencias son:

a') Trabajadores a domicilio: No están incluidos en el Régimen de Accidentes de Trabajo (art. 9.º del Reglamento de Accidentes).

(9) Como es sabido, el R. E. A. contiene una protección incipiente de los trabajadores por cuenta propia. La consideración de la Seguridad Social de los mismos no toca sino tangencialmente nuestro estudio. Por ello la marginamos.

(10) Este criterio está implícito en el artículo 9.º del R. A.: «se entiende por trabajador toda persona que ejecute... una obra o servicio».

b') Los agentes de la autoridad: Son una especie de funcionarios públicos y, sin embargo, están en el campo de aplicación del Régimen de Accidentes de Trabajo «siempre que por disposiciones especiales no gocen del debido auxilio» (art. 10 del Reglamento de Accidentes).

c') Los conductores de automóviles al servicio de particulares. El Tribunal Supremo los ha calificado repetidas veces de servidores domésticos (sentencias de 21-VI-54, 14-VI-54 y 4-VI-54, entre otras) y están en el campo subjetivo de aplicación del Régimen de Accidentes de Trabajo (art. 12 del Reglamento de Accidentes) (11).

b) *El trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo y en los Regímenes de Seguros Sociales Unificados y Mutualismo Laboral.*—Las diferencias son aquí bastante más acusadas. Encontramos ejemplos de todas las posibles combinaciones de divergencias:

a') Trabajadores excluidos del Derecho individual del trabajo e incluidos en parte o la totalidad de algunos de estos Regímenes:

a'') Altos cargos: Incluidos en subsidios familiares —uno de los Seguros del Régimen de Seguros Sociales Unificados— (art. 2.º de la Orden de 30-VI-59 según interpretación jurisprudencial) y en el Régimen de Mutualismo Laboral (art. 8.º del Reglamento del Mutualismo Laboral de 10-IX-54).

b'') Conductores de automóviles al servicio de particulares: Incluidos en la totalidad del Régimen de Seguros Sociales Unificados (art. 3.º de la Orden de 30-VI-59).

b') Trabajadores incluidos en el Derecho individual del trabajo y excluidos de la totalidad o de parte de los Seguros abarcados por estos Regímenes:

a'') Ingenieros y licenciados: Excluidos del Seguro de Enfermedad (artículo 3.º, 2, del Decreto 56/63 de 17 de enero).

b'') Trabajadores a domicilio: Excluidos de todo el Régimen de Mutualismo Laboral (art. 10 del Reglamento del Mutualismo Laboral).

c'') Periodistas con carnet profesional en ejercicio: Excluidos de dos Seguros del Régimen de Seguros Sociales Unificados: el Seguro de Enfermedad y el Seguro de Vejez-Invalidez (art. 7.º, b), de la Orden de 30-VI-59).

(11) También están protegidos los aprendices y alumnos del Frente de Juventudes y Escuelas de Formación Profesional y los penados en régimen de redención de penas por trabajo (art. 9.º del R. A.). Una primera aproximación al tema nos hace pensar que estos supuestos no implican, como los anteriores, correcciones al concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho individual del trabajo. Y no lo suponen porque ni unos ni otros son materialmente trabajadores por cuenta ajena. Pensamos así porque: a) En cuanto a los aprendices y alumnos: la causa de la relación que les liga a las citadas especiales instituciones de formación es puramente escolar. b) En cuanto a los penados; también interfieren en la causa de la relación elementos que la apartan de la laboral: fin de regeneración, consentimiento... Sobre el trabajo del penado para reducir penas, ver BAYÓN y PÉREZ BOTIJA: *Ob. cit.*, pág. 16.

d'') Trabajadores que inicien o reanuden su trabajo por cuenta ajena después de haber cumplido la edad de cincuenta y cinco años: Pueden venir excluidos del Régimen de Mutualismo Laboral (art. 9.º del Reglamento del Mutualismo Laboral).

e'') Trabajadores extranjeros no asimilados por nacionalidad, reciprocidad o tratado: Excluidos de la totalidad de ambos Regímenes (art. 1.º de la Orden de 30-VI-59, b) y c) *a sensu contrario*, y art. 11. del Reglamento del Mutualismo Laboral).

f'') Asalariados familiares (dentro del tercer grado por consanguinidad o afinidad) del patrono, que vivan en su hogar y a su cargo: Están incluidos en el Derecho individual del trabajo y excluidos del Régimen de Seguros Sociales Unificados (art. 6.º de la Orden de 30-VI-59). Se trata de un supuesto posible aunque, quizá, poco frecuente. De la posibilidad da cuenta la Base 2.ª, 7.ª, de la ley sobre Bases de la Seguridad Social de 28-XII-63 que, frente a la regulación actual vigente establece su inclusión cuando la nueva ordenación entre en vigor. Dicho sea de paso es posiblemente éste el único supuesto en que la ley de Bases modifica la realidad normativa que estamos exponiendo. No parece probable que los Textos Articulados y Reglamentos ejecutivos que la desarrollen aporten mucho más.

g'') Trabajadores de temporada (cuando ésta sea inferior a cuatro meses/año) y trabajadores al servicio de empresas y organismos públicos excluidos de este Seguro concreto: Excluidos del Seguro de Desempleo (art. 2.º, 1.3, 1.5 y 2, de la Orden de 14-XI-61).

h'') Trabajadores no funcionarios al servicio del Estado, Diputaciones y Ayuntamientos (art. 2.º de la Orden II-40) y trabajadores al servicio de Empresas encuadradas en Montepíos exceptuados (Orden de 24-IV-40): Excluidos del Seguro de Vejez.

c') Situaciones en que está extinguida la relación laboral y no la relación con la totalidad o parte de estos Regímenes:

a'') La situación de desempleo total indemnizable por el Seguro de Desempleo: Los trabajadores en esta situación pueden estar fuera de la órbita del Derecho individual del trabajo (cuando la situación de desempleo total indemnizable responde a extinción y no a suspensión del contrato de trabajo) y se mantienen, a todos los efectos protectores, dentro de los Regímenes de Seguros Sociales Unificados y Mutualismo Laboral (art. 13 de la ley de 22-VII-61).

b'') La situación de paro involuntario (por extinción del contrato de trabajo) no indemnizable por el Seguro de Desempleo pero con los requisitos del art. 17 del Régimen de Mutualismo Laboral: Se mantiene la situación de trabajador asegurado a efectos del Régimen de Mutualismo Laboral (propio artículo 17 del Reglamento del Mutualismo Laboral).

d') Situaciones en que se mantiene la relación laboral y se ha extinguido o puede haberse extinguido la relación con estos Regímenes:

a'') La suspensión superior a ocho días: Provoca la baja en el Régimen de Seguros Sociales Unificados (art. 13 de la Orden de 30-VI-59) salvo en los supuestos contemplados en c').

b'') La suspensión superior a cuarenta y cinco días: Hace perder la condición de mutualista en el Régimen de Mutualismo Laboral salvo los supuestos contemplados en c') y los que se deban a Servicio Militar y excedencia forzosa (arts. 14, 16 y 20 del Régimen de Mutualismo Laboral).

c) *El trabajador en el Derecho individual del trabajo y en el Régimen Especial Agrario.*—Las particularidades del trabajo agrícola han forzado al legislador a establecer más profundas divergencias entre el trabajador considerado por el Derecho individual del trabajo y el trabajador por cuenta ajena protegido por el Régimen Especial Agrario.

El art. 6.º de la Orden de 21-VI-61 por la que se aprueban los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria (el ente asegurador de este Régimen Especial) exige para la calificación de «mutualista» (concepto equivalente a «asegurado») que se trate de trabajadores *habituales* y para la determinación de la habitualidad establece un módulo mínimo de noventa jornales año.

La resultante de esta regulación puede formularse en dos puntos.

1.º Los trabajadores habituales, cualquiera que sea su situación, en activo, en suspenso, en paro involuntario, en paro voluntario, en enfermedad, siguen siendo considerados tales a efectos de protección por el Régimen Especial Agrario.

2.º Los trabajadores no habituales, incluso en la situación de activo, no son considerados trabajadores agrícolas protegidos por el Régimen Especial Agrícola.

El criterio de la efectiva prestación de servicios que vimos decisivo en el Régimen de Accidentes de Trabajo, y de considerable importancia en los Regímenes de Seguros Sociales Unificados y Mutualismo Laboral, va a resultar aquí totalmente irrelevante. Lo que exclusivamente va a contar es la *voluntad habitual de presencia en el mercado de trabajo agrícola*.

d) *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo y los Regímenes de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos y Régimen Especial de los Servidores Domésticos.*—Tanto los servidores domésticos como los funcionarios públicos están excluidos del concepto que, para satisfacer sus necesidades normativas, ha elaborado para sí el Derecho individual del trabajo. No obstante, tanto unos como otros han de ser considerados, *materialmente*, como trabajadores por cuenta ajena.

Puede parecer, por ello, que la existencia de Regímenes Especiales para unos y otros tiene idéntico significado. Esta proposición, sin embargo, no es cierta. Veamos por qué.

La prestación onerosa de servicios por cuenta ajena puede venir regulada en el ordenamiento positivo español:

- Bien por una legislación especial: El Derecho individual del trabajo.
- Bien por otra legislación especial: El Derecho de los funcionarios públicos.
- Bien por el Derecho de las obligaciones civiles o mercantiles.

Lo que, a nuestro juicio, rompe el esquema formulado en la ecuación trabajador por cuenta ajena-asegurado es, en realidad, la inclusión en un Régimen de Seguridad Social de personas cuyas prestaciones onerosas de servicios por cuenta ajena están reguladas por este último sector del ordenamiento. Por ello los Regímenes de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos son perfectamente coherentes con este esquema y, en cambio, el Régimen Especial de los Servidores Domésticos implica una excepción.

C) *Comparación entre los conceptos de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social*

El análisis casuístico que acabamos de ofrecer nos presta una base positiva sólida para responder a la pregunta de qué trabajadores por cuenta ajena contempla la Seguridad Social, considerada en su totalidad y no en los diferentes regímenes y seguros que la integran. La perspectiva de consideración es, pues, aquí, más abstracta que la adoptada anteriormente. Se trata, aproximadamente, de la perspectiva en que habría de situarse el legislador o el intérprete de Derecho constitucional. O, dicho con otras palabras, se trata de averiguar el concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho de la Seguridad Social en función de qué trabajadores por cuenta ajena tienen reconocido y positivado un derecho a la Seguridad Social.

Tal concepto está caracterizado, frente al provisto por el Derecho individual del trabajo, por dos notas diferenciales:

1.^a La inclusión en el concepto de todos los que materialmente son trabajadores por cuenta ajena, rebasando, consiguientemente, las exclusiones del Derecho individual del trabajo.

2.^a La ampliación del concepto de trabajador por cuenta ajena a todos aquellos que se encuentran en situación de inactividad forzada.

Pudiera objetarse a la primera de estas notas diferenciales que el Derecho individual del trabajo excluye también, como vimos, a los trabajadores familiares no asalariados y a los trabajadores por razón de benevolencia o buena vecindad. Pero tal objeción decae si consideramos que tales exclusiones no operan por vía de excepción sino por vía de aclaración, esto es, que no son verdaderas exclusiones. En efecto; en uno y otro caso podemos observar la ausencia de notas esenciales del concepto de trabajador por cuenta ajena: en el trabajador familiar falta la ajenidad que desaparece asimilada por los vínculos jurídicos familiares; en el trabajador por razón de benevolencia o buena vecindad lo que descarta que nos encontremos ante propios trabajadores por cuenta ajena es el carácter gratuito y ocasional de las prestaciones (12).

(12) Así lo consideran, entre otros, ALONSO OLEA y RAYÓN y PÉREZ BOTIJA. El primero, en *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963; en cuanto a los trabajadores familiares, en pág. 20; en cuanto a los trabajadores por razón de benevolencia o buena vecindad, en pág. 18. RAYÓN y PÉREZ BOTIJA exponen idénticos criterios en *Manual...*, citado páginas 610 y 17, respectivamente.

Con respecto a la ampliación del concepto del trabajador por cuenta ajena que el Derecho de la Seguridad Social opera al incluir las situaciones de inactividad forzada cabría objetar que no todas estas situaciones están protegidas. Pero tal objeción lo único que supone es que haya que admitir excepciones a la validez general de la nota reseñada. Y ello porque tal ampliación es la consecuencia lógica de la realidad que subyace al Derecho de la Seguridad Social, como se ha observado no es tanto el trabajo como el no trabajo de quien necesita sus rentas (13). De ahí que, por principio, haya una tendencia muy marcada a cubrir estas situaciones no desmentida por el hecho de que a veces no haya podido positivarse.

No conviene, sin embargo, perder de vista que estas consideraciones sólo son válidas desde la abstracta perspectiva que es la totalidad del Derecho de la Seguridad Social. Lo que quiere decirse con esto es que si es verdad que el concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho individual del trabajo ha perdido relevancia para determinar *quiénes tienen derecho a la Seguridad Social*, también lo es que tal concepto juega, como un factor entre varios (14), para decidir la medida de la protección dispensada. Ello es así porque el mentado concepto decide la mayoría de las veces, cual de los varios existentes es el Régimen de Seguridad Social aplicable; lo que, dado que la protección de cada uno de estos Regímenes es diferente, equivale a decidir la medida de la misma.

III) FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA REALIDAD NORMATIVA EXPUESTA

A) *Cuestión previa: Fundamentos jurídicos y fundamentos metajurídicos*

Proveer una justificación o explicación de todas las divergencias que, apretadamente, hemos señalado en el epígrafe II) es una tarea que excede, con mucho, los límites de este trabajo. Para ello sería preciso adentrarse en la historia de la Seguridad Social española (que, dicho sea de paso, no puede reducirse a la historia legislativa sino que presenta otras múltiples facetas todas indispensables para la comprensión e interpretación cabal de los hechos normativos cristalizados en el Derecho vigente). Ante tal imposibilidad nos vemos obligados a seleccionar algunas de estas divergencias en función de un criterio más asequible. El criterio escogido es, como ya anunciamos, el de la fundamentación jurídica. Nos concentraremos, pues, en aquellas divergencias que estén justificadas por principios jurídicos consagrados por nuestro ordenamiento o explicadas por otras normas del ordenamiento mismo. Esta perspectiva nos delimita un campo de estudio adecuadamente concreto. Porque es el hecho que por el tamiz de una fundamentación jurídica pasan pocas de estas divergencias. La mayor parte de ellas queda

(13) Como se verá, ésta es la razón profunda de la ampliación de las situaciones del trabajador contempladas por el Derecho de la Seguridad Social.

(14) Por supuesto, no es el único factor. Otro, cuyo juego hemos mencionado en este trabajo, es el concepto más específico de trabajador agrícola.

aparte, esto es, no está justificada o explicada por principios o normas jurídicas, sino por razones metajurídicas: históricas, sociológicas o administrativas.

Pero conviene, antes de entrar en materia, hacer una importante observación. Acabamos de hacer referencia a varias posibles fundamentaciones de una normativa, entre ellas la jurídica. Esta pluralidad puede hacer pensar que la fundamentación jurídica opera al margen de las otras. Tal segregación, sin embargo, falsea la realidad y es admisible sólo a efectos de análisis. En verdad los principios de un ordenamiento están, en gran parte, informados por exigencias de «la realidad intrínseca»; dicho con otras palabras: la fundamentación jurídica puede venir, a su vez, justificada o explicada por datos metajurídicos. Por ello tal fundamentación no puede verse como perenne y absoluta, sino, al menos en la mayoría de los casos, como contingente. En definitiva, lo que es condición necesaria y suficiente para distinguirla de las demás es un aspecto formal: su «vestidura» jurídica.

Hecha esta aclaración y si repasamos las divergencias señaladas, vemos que sólo se comprenden por razones immanentes al ordenamiento:

- Las divergencias en el Régimen de Accidentes de Trabajo.
- La exclusión del Seguro Obligatorio de Enfermedad de Ingenieros y Licenciados.
- La exclusión de los extranjeros no asimilados.
- Las inclusiones de las situaciones de inactividad forzada.
- Las exclusiones del Seguro de Desempleo y de Vejez e Invalidez.
- Las inclusiones de servidores domésticos, altos cargos y funcionarios.

B) *Fundamento jurídico de las diferencias halladas con respecto al Régimen de Accidentes de Trabajo*

Como se recordará, en el Régimen de Accidentes de Trabajo hemos encontrado cuatro diferencias con respecto al concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo: dos de carácter positivo (inclusión en el Régimen de Accidentes de Trabajo de conductores al servicio de particulares y de agentes de la autoridad no protegidos frente a este riesgo), y dos de carácter negativo (exclusiones de trabajadores en suspenso y de trabajadores a domicilio). Todas ellas, como vamos a ver a continuación, se justifican porque juegue o no el principio jurídico que subyace y funda el Seguro de Accidentes de Trabajo, esto es, de que juegue o no el principio del riesgo profesional.

a) La exclusión de trabajadores en suspenso se justifica, como adelantamos, porque si no hay prestación de trabajo no puede existir riesgo profesional.

b) La exclusión de los trabajadores a domicilio puede justificarse, tam-

bién, porque quedan fuera del ámbito geográfico en que puede presentarse «el riesgo que el empresario genera con su Empresa» (15).

c) La inclusión de los agentes de la autoridad no protegidos, así como la de los chóferes particulares, se fundan en la consideración inversa. No se discute que haya razones para exceptuarlos de la legislación especial laboral (la naturaleza especial del objeto de la prestación para los agentes de la autoridad; la naturaleza especial del adquirente de los frutos de trabajo y del lugar de prestación para los especiales servidores domésticos que son los chóferes particulares) pero resulta indiscutible que se ven amenazados por riesgos conectados con la prestación de sus servicios, esto es, por riesgos profesionales (16).

C) *Fundamento jurídico de la exclusión del Seguro Obligatorio de Enfermedad de Ingenieros y Licenciados*

La exclusión del Seguro Obligatorio de Enfermedad de Ingenieros y Licenciados puede también explicarse por una razón jurídicamente investida. Esta razón parece no ser otra que el principio de subsidiariedad que, en nuestro caso concreto, quedaría formulado así: la asistencia sanitaria y económica en la enfermedad ha de quedar limitada a quienes no pueden atender, por sí mismos, a tal contingencia.

En el estado actual de la legislación entendemos que esta explicación es más exacta que la que puede proporcionar el principio de la limitación de este Seguro a «los económicamente débiles», expreso en el art. 3.º de la ley instauradora del Seguro de Enfermedad de 14-XII-42. Tal fórmula ha dejado de ser cierta salvo que forzásemos abusivamente el concepto de debilidad económica hasta abarcar categorías socioprofesionales encuadradas en la clase media-baja e, incluso, en la clase media-media.

(15) M. ALONSO OLEA: *Instituciones...*, cit., pág. 34.

(16) Se dirá que el resto de los servidores domésticos está también expuesto al riesgo de accidentes de trabajo. Ello es incontestable. Pero cabe replicar que el R. E. S. D. protege también esta contingencia. La sumisión de los chóferes a la legislación general de accidentes de trabajo y no a la específica del R. E. S. D. se justifica por una razón histórica y otra jurídica. Histórica: cuando se implantó la legislación vigente de accidentes de trabajo no existía el R. E. S. D.; era lógico que los servidores domésticos más expuestos a los mismos: los chóferes, fueran incluidos; la razón jurídica afecta más a la conservación de esta situación tras la implantación del R. E. S. D.; la situación de los chóferes está más próxima a la relación laboral que la de los restantes servidores domésticos; era lógico, por tanto, que conservaran la situación adquirida más beneficiosa que la regulada en el R. E. S. D.

D) *Fundamento jurídico de la exclusión de los trabajadores extranjeros no asimilados*

La exclusión de los extranjeros no asimilados por razón de nacionalidad, reciprocidad o tratado hay que ponerla, a mi juicio, en relación con los límites funcionales del principio de solidaridad que está a la base de todo sistema de Seguridad Social. Tal principio, actuado en nuestro ordenamiento por la cotización patronal y la contribución del Estado con cargo a Presupuestos (17) opera, necesariamente, dentro de unos límites: a veces se prefiere limitar los sectores de población protegidos, otras las contingencias o riesgos, otras la medida de la protección. Pues bien, un límite que encontramos en el Derecho comparado es el que se refiere a los trabajadores extranjeros. En el Derecho positivo español este límite está recogido, aunque muy atemperado, como veremos en seguida. Se estima que sólo deben ser beneficiarios del mecanismo de solidaridad constituido por la Seguridad Social los trabajadores españoles y, aquí la atemperación, determinados extranjeros asimilados.

Se consideran extranjeros asimilados los siguientes:

a) Los nacionales de países especialmente vinculados por lazos históricos, culturales o raciales: «hispanoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos y brasileños» (art. 1.º, b), de la Orden de 30-VI-59; art. 8.º del citado Reglamento del Mutualismo Laboral).

b) Los nacionales de países que no hayan recogido el criterio limitativo de solidaridad a que nos referimos (art. 1.º, c), de la Orden de 30-VI-59) (asimilación por reciprocidad).

c) Los nacionales de países con los que se haya suscrito un tratado sobre el particular (art. 1.º, c), de de la Orden de 30-VI-59).

E) *Fundamento jurídico de la inclusión de los trabajadores en situación de inactividad forzada*

La contemplación por el Derecho de la Seguridad Social de situaciones de inactividad forzada en las que el trabajador por cuenta ajena ha salido fuera de la órbita del Derecho individual del trabajo es una exigencia lógico-jurídica. En efecto, la Seguridad Social está concebida como un sistema de distribución de prestaciones para atender a dos tipos de contingencias: 1. Las que anulan la capacidad de ganancia de quien necesita rentas de trabajo (estas contingencias, en la terminología de la ley sobre Bases de la Seguridad Social de 28-XII-63 son el desempleo, la incapacidad laboral transito-

(17) Este análisis se revela excesivamente formal. Ignora los fenómenos económicos de las incidencias de las cargas tributarias que suelen corregir los datos de solidaridad que subyacen a la apariencia jurídica. A la luz de estos fenómenos económicos la exclusión de los extranjeros puede resultar en muchos casos injustificada.

ria, la vejez y la invalidez). 2. Las que provocan una insuficiencia de dichas rentas (obligaciones familiares y asistencia sanitaria). Pues bien; las contingencias del segundo grupo no desaparecen cuando ocurren las primeras, sino todo lo contrario: devienen más necesitadas de protección. Un planteamiento lógico-jurídico exige, pues, que el trabajador en situación de inactividad forzada (desempleado o incapacitado laboral transitorio; los viejos y los inválidos no pueden considerarse ya trabajadores; lo que no impide que el argumento que se emplea valga plenamente para ellos) tenga, en principio, el mismo derecho a la Seguridad Social que el trabajador en activo. Si este derecho no es reconocido de una manera indiscriminada y está sometido a ciertas «condiciones *juris*» no es por razones de fondo sino por razones adjetivas de orden administrativo.

Lo dicho en el párrafo anterior viene a confirmar nuestro aserto inicial: que las divergencias entre el concepto de trabajador por cuenta ajena en la órbita del Derecho individual del trabajo y en la del Derecho de la Seguridad Social por la inclusión en éste de situaciones no contempladas por aquél están fundadas en razones jurídicas.

F) *Fundamento jurídico de las exclusiones del Seguro de Desempleo y de Vejez e Invalidez*

La exclusión del Seguro de Desempleo de las Empresas y organismos exceptuados y del Seguro de Vejez e Invalidez de los trabajadores al servicio del Estado, Diputaciones y Ayuntamientos o al servicio de Empresas encuadradas en Montepíos exceptuados, encuentran la misma explicación, ya que no justificación: que las prestaciones de estos seguros les son otorgadas en iguales o más favorables condiciones que las del Régimen General. Así lo exigen los respectivos textos que establecen las exclusiones.

Decíamos que es ésta una explicación pero no una justificación. Pensamos que ello es así porque la exceptuación rompe el principio de solidaridad general que está a la base de nuestro sistema de Seguridad Social, estableciendo niveles de solidaridad más reducidos.

G) *Fundamento jurídico de las inclusiones de servidores domésticos; altos cargos y funcionarios*

La inclusión de servidores domésticos y funcionarios públicos encuentra un fundamento jurídico evidente: que tanto unos como otros vienen de rentas de trabajo y que su patrimonio puede devenir insuficiente por la incidencia de ciertas contingencias. Situados en el terreno de quien debe tener derecho a la Seguridad Social su situación es idéntica a la de los trabajadores por cuenta ajena considerados por el Derecho individual del trabajo.

La inclusión de los altos cargos —que, como vimos, se extienden al Subsidio Familiar y al Régimen de Mutualismo Laboral— parece obedecer, a más de la anterior, a otra razón: el principio de solidaridad que impone que dentro del colectivo asegurado formen parte personas de distintos niveles económicos y que cada una contribuya en

proporción a sus posibilidades. La razón, aquí, es, pues, doble: 1. Que los altos cargos tienen derecho a la Seguridad Social. 2. Que la Seguridad Social impone una solidaridad de los que tienen más con los que tienen menos. La primera de estas razones es la que prima en las prestaciones calculadas sobre bases tarifadas (pensiones del Mutualismo Laboral); la segunda es la que predomina si se tienen en cuenta las prestaciones que consisten en un tanto alzado independiente de la base de cotización (asistencia sanitaria del Mutualismo Laboral y prestaciones por razón de cargas familiares).

IV) CONCLUSIONES

La mayoría de las conclusiones que pueden obtenerse de este estudio han venido ya adelantadas en las consideraciones anteriores. Resumidamente son las siguientes:

1.^a El concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho individual del trabajo ha perdido relevancia, en nuestro Derecho positivo, para determinar quiénes tienen derecho a la Seguridad Social.

2.^a El concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho individual del trabajo conserva importancia en el Derecho de la Seguridad Social para determinar la medida de la protección.

3.^a Incluso a estos efectos más concretos de determinar la medida de la protección el concepto de trabajador por cuenta ajena del Derecho individual del trabajo sufre importantes correcciones (sobre todas, la inclusión de situaciones de inactividad forzada), y soporta la concurrencia en esa función determinativa de otros criterios (fundamental pero no únicamente, la adscripción a uno u otro de los sectores de la actividad económica).

4.^a El principio de solidaridad que está a la base del Derecho de la Seguridad Social actúa, por necesidad, dentro de ciertos límites; uno de ellos es el juego, a algunos efectos, del principio de subsidiariedad; otro, la limitación por razón de nacionalidad.

Junto a estas conclusiones nos sugiere este estudio una consideración que se esboza en estado de hipótesis: la necesidad, si se quiere tener una visión real de su significado, de abordar la Seguridad Social desde distintos planos de consideración, aparte de haberlo hecho, previamente, desde el jurídico. Larroque se adhiere a esta hipótesis (que, para él, es, decididamente, tesis) de una manera terminante: «La Seguridad sólo puede ser verdaderamente comprendida si se aborda, a la vez, bajo el ángulo del Derecho, de la economía, de la sociología, de la demografía, de la ciencia política, siendo cada uno de estos aspectos estrechamente interdependientes de los otros» (18).

La imposibilidad de explicar todas las divergencias entre los conceptos que hemos estudiado y, más importante todavía, la imposibilidad de ofrecer una fundamentación de por qué hay distintos Regímenes de Seguridad Social (con distintos niveles de protección) que hemos constatado desde la perspectiva estrictamente jurídica, hacen a la hipótesis anterior, a nuestro juicio, muy digna de consideración.

(18) O. LARROQUE: «Sécurité sociale et vie publique», en *Droit Social*, 1960, diciembre, pág. 667.

