

ESTUDIO	EL REQUISITO DE LA EDAD DE DIECIOCHO AÑOS PARA ACCEDER AL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS
Consuelo Ferreiro Regueiro Profesora Titular de la USC. Cándido Calo Amigo. Prof. TEU de la USC.	
1. Introducción. 2. Ámbito subjetivo del requisito de la edad de dieciocho años en el RETA. 3. La edad de dieciocho años como requisito administrativo <i>per se</i> . 4. La edad de dieciocho años como requisito administrativo motivado por la capacidad de obrar. 5. La argumentación jurídica para acceder al RETA con dieciséis o más años. 5.1. De la arbitrariedad por discriminación a la arbitrariedad por desigualdad. 5.2. La vinculación al ordenamiento jurídico interno de las normas internacionales. 6. Conclusión.	

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto sobre la exigencia absoluta del requisito de una determinada edad –los dieciocho años– para practicar el alta en el Régimen Especial de Autónomos –en adelante, RETA–, fijada en los arts. 7 y 305 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, LGSS–, y 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, se formuló en la doctrina jurisprudencial entre los años 1995 y 2002, fechas de la primera y última sentencias consignadas¹, aderezada con ciertos pronunciamientos del TCo², y en la doctrina científica³ en el primer decenio del presente siglo. Tras ello, parece que por agotamiento en la argumentación jurídica empleada y ante la expectativa de que

1 SSTSJ Castilla-La Mancha de 17 noviembre 1995 (rec. 579/1995), Andalucía (Granada) de 27 febrero 1996 (rec. 2091/1993) y (Sevilla) de 5 mayo 1997 (rec. 1761/1997), Galicia de 8 mayo 1998 (rec. 3705/1995), Castilla-La Mancha de 21 septiembre 1998 (rec. 1285/1997), Valencia de 5 marzo 2001 (rec. 1002/1998), Murcia de 9 abril 2001 (rec. 1035/2000), Cataluña de 20 junio 2001 (rec. 76/2001), Murcia de 6 mayo 2002 (rec. 282/2002) y Madrid de 13 septiembre 2002 (rec. 3270/2002).

2 Por todas, vid. sentencia 184/1993, de 31 mayo.

3 CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Sujetos incluidos (elementos personales) en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”, *Aranzadi Social*, 2009, <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?infotype=biblos&marginal=BIB\2009\352&familyguid=BIB\2009\352&brand-id=wlesp&src=docundefined&endChunk=2&startChunk=1&stid=marginal&nstid=marginal>; MARTÍNEZ BARROSO, R., “La edad mínima de acceso al trabajo autónomo. Implicaciones jurídico-sociales”, *Diario La Ley*, 2007, nº 6836; MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: configuración legal y campo de aplicación*, Nuevos Clásicos (Civitas), 2008, <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?infotype=biblos&marginal=BIB\2008\1912&familyguid=BIB\2008\1912&brand-id=wlesp&src=docundefined&endChunk=2&startChunk=1&stid=marginal&nstid=marginal>; y SÁNCHEZ NAVARRO, D., “La inclusión en el campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) de trabajadores menores de 18 años emancipados”, *Aranzadi Social*, 2002, <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I1d4dc1a0c73911db8f5d01000000000&srguid=i0ad82d9b0000016c2e3a97a9c69aaa02&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

se modificasen los citados preceptos, expectativa sostenida por constituir esa modificación la supuestamente única solución de aquel conflicto, se ha impuesto un rotundo silencio acompañado de una falta de interés dada la inconveniencia procesal en la interposición de nuevos litigios.

No obstante, la cuestión de la edad, de su determinación según para qué actos, muestra un creciente interés derivado de las vicisitudes que afronta el ser humano por los avances de la ciencia y de la tecnología, de modo que la mayoría de edad establecida en los dieciocho años en el art. 12 de la Constitución española –en adelante, CE– se exceptúa en una panoplia de casos diversos en su naturaleza y en su gravedad. Así acontece con el derecho del menor con dieciséis o más años a participar en los procesos selectivos convocados por las Administraciones públicas⁴; a prestar consentimiento para recibir un tratamiento médico⁵ o para el tratamiento de ciertos datos y el acceso a las redes sociales⁶; a ser emancipado⁷ o al consentimiento para el mantenimiento de relaciones sexuales⁸. También se extiende a la autorización del menor con quince o más años para conducir ciclomotores⁹; o al derecho del menor con catorce o más años a otorgar testamento¹⁰, al establecimiento de la responsabilidad penal¹¹ o a la tenencia de ciertas armas de fuego¹². Y, en fin, al también derecho del menor de doce o más años a ser oído en ciertos procesos judiciales¹³.

Por contraposición, se prohíbe expresamente a los menores de dieciséis años “la admisión al trabajo” asalariado, excepto en espectáculos públicos¹⁴ o la ejecución de “trabajo autónomo [o de] actividad profesional, ni siquiera para sus familiares”¹⁵; a los menores de dieciocho años el consumo de alcohol y/o drogas¹⁶, la organización y dedicación a la explotación o al desarrollo de juegos de azar¹⁷,

4 Art. 56.1.c) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante, EBEP–.

5 Arts. 9.2 y 17.10 Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

6 Art. 13 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal.

7 Art. 317 Código Civil.

8 Arts. 183 y siguientes del Código Penal.

9 Art. 4.2 Real Decreto 818/2009, de 8 mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

10 Interpretando a *sensu contrario* el art. 663 Código Civil, a cuyo tenor: “Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo”.

11 Conforme los arts. 1 y 3 Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en coordinación con el art. 19 del Código Penal.

12 Arts. 105.4 y 109 Real Decreto 137/1993, de 29 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

13 Art. 770 Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LEC–.

14 Art. 6.1 y 4 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–.

15 Art. 9.1 Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo –en adelante, LETA–.

16 Art. 2 Ley 4/2015, de 6 marzo, de atención integral en materia de drogas.

17 Art. 6.1 Ley 13/2011, de 27 mayo, de regulación del juego.

el acceso a discotecas y otro tipo de salas y de espectáculos públicos¹⁸, el que se practique en ellos ensayos clínicos o que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida¹⁹ o, también, que interrumpan voluntariamente el embarazo, salvo consentimiento expreso de sus progenitores o representantes legales²⁰.

Subyace detrás de la determinación de la edad la capacidad natural de la persona para discernir, para decidir según en qué situaciones, articulada mediante limitaciones de su capacidad de obrar, actúe esa edad como una condición de Derecho privado (por ejemplo, en los casos de otorgamiento de testamento o de formalización de la emancipación) o como un requisito de Derecho público (verbigracia en el ámbito de la responsabilidad penal o de la afiliación y/o alta en el RETA).

2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL REQUISITO DE LA EDAD DE DIECIOCHO AÑOS EN EL RETA

Con carácter general, los arts. 7 y 305 LGSS y 3 Decreto 2530/1970 establecen los dieciocho años para la inclusión obligatoria en el RETA. El tenor del tercero de ellos dice así: “Estarán obligatoriamente incluidos en este régimen especial de la Seguridad Social los españoles [sic.] mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y estado civil (...) sean o no titulares de empresas individuales o familiares, (...) que residan y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional”. Apostilla el segundo de los citados, art. 305 LGSS en su apartado segundo, que “se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial: (...) los autónomos económicamente dependientes”. Por su parte, recuérdese que el art. 9 LETA, impide que los menores de dieciséis años (que no de dieciocho) ejecuten trabajo autónomo alguno o actividad profesional, “ni siquiera para sus familiares”, excepción hecha de los dedicados a los espectáculos públicos para quienes regirá el art. 6.4 del ET.

Se expresa así mejor el conflicto jurídico que permite se sitúe el alta en el RETA a los dieciocho años, mientras que la prestación de servicios del trabajo autónomo, del autónomo económicamente dependiente y del trabajo asalariado sea a los dieciséis (arts. 6 ET y 9 LETA), justamente en el momento en que se fomenta el fenómeno del emprendimiento.

El legislador es consciente de tal conflicto y por eso lo intenta paliar cuando conviene, distinguiendo entre el que presta servicios para un trabajador autónomo que es persona física del que lo hace para una persona jurídica, en concreto para una sociedad capitalista.

18 Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas.

19 Art. 2 Ley Orgánica 2/2010, de 3 marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por Ley Orgánica 11/2015, de 21 septiembre.

20 *Ibid.*

En el primer caso, utiliza el subterfugio de la inaplicación de la presunción *iuris tantum* sobre el carácter no asalariado de la prestación de servicios familiar a los hijos de un trabajador autónomo menores de treinta años. El art. 12 LGSS, coordinado con la disp. adic. décima LETA, afirma que “no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo”. Paralelamente, el precepto se autocorrigió permitiendo a los trabajadores autónomos “contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos”, si bien la acción protectora no comprenderá la cobertura por desempleo. En otras palabras, sustituye la prestación de servicios de trabajo autónomo del hijo de dieciséis o más años, que no puede incorporarse al campo de aplicación del RETA, por la prestación de servicios de trabajo asalariado del hijo menor de treinta años, que puede, en cambio, obtener desde aquella edad –dieciséis años– la protección del RG –exceptuando el desempleo–; y, para eso, únicamente ha suavizado el requisito de la convivencia con el autónomo familiar, que ya no se necesita.

Pero la inaplicación de esa presunción está pensando, según se ha dicho, en los autónomos puros, y no así en las sociedades mercantiles capitalistas, en donde un menor, familiar de los accionistas mayoritarios, puede prestar un servicio como autónomo careciendo de protección social como se verá en los arts. 136.2. y 305.2.b) LGSS. Ello condiciona la posición jurídica de los socios trabajadores, especialmente, de los minoritarios, y de una forma más residual de los directivos de las sociedades capitalistas y afecta a la conformación de los órganos de dirección tales sociedades capitalistas, especialmente en las microempresas y las empresas familiares.

Repárese en que se baraja una cifra en el ámbito estatal de 1.143.015²¹ microempresas que cubren una cuota de mercado del 39,93 por ciento²². A su vez, las empresas familiares constituyen el 89 por ciento de las empresas privadas españolas²³, alzándose con una cuota de mercado del 67 por ciento y aportando el 57 por ciento del PIB.

Si se piensa en ellas, conviene traer a colación el art. 136.2.b) LGSS que incluye en el campo de aplicación del RG a “los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección

21 Datos procedentes del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, página web: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/CifrasPYME-enero2019.pdf>

22 Datos suministrados por el Colegio de Economistas de Madrid, página web: <http://www.cemad.es/pymes-motor-economico-espana/>

23 Datos suministrados por el Instituto de la Empresa Familiar, página web: <http://www.iefamiliar.com/cifras/1>

y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b)””. El control accionarial, según este último precepto, existirá si el socio trabajador ostenta la mitad del capital social; o, admitiendo prueba en contra, si la mitad del capital social pertenece a socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado; o si, admitiendo también prueba en contra, él cuenta al menos con la tercera parte de tal capital social.

De este modo, un socio trabajador, con contrato de trabajo común o de alta dirección, estará en el campo de aplicación del RG a partir de los dieciséis años en caso de no tener control accionarial directamente o a través de su cónyuge o pariente. Consecuencia de lo anterior es la incorporación al RETA de ese socio trabajador con dieciocho o más años cuando ostente directa o indirectamente el control accionarial de la empresa, careciendo de protección social si tuviere entre dieciséis y dieciocho. Se ocasiona, pues, un nocivo efecto pese a que el objetivo del vigente art. 305.2.b) LGSS, que en su versión de 1994 se contenía en la disp. adic. 27^a, fue la de corregir ciertas prácticas fraudulentas como la de una empresa capitalista con un reducido número de socios que se repartían su capital social para que el cónyuge de uno de ellos, con ninguna participación o con una pírrica, contase con un contrato de trabajo y su correspondiente alta en el RG²⁴; o la cesión por parte del progenitor y mediante el negocio jurídico que fuere de las acciones de la empresa al hijo de dieciséis años con el fin de suscribir con ella un contrato de trabajo, figurar de alta en el RG y seguir detentando los poderes de dirección de la empresa²⁵.

Lo mismo acontece con un trabajador no socio con dieciséis o más años vinculado con un contrato de trabajo común o especial, si no ejerce funciones de dirección en los órganos societarios [art. 136.2.c) LGSS], pues estará en el RG cuando carezca de un familiar que ostente el control accionarial de la empresa; diversamente no se podrá incorporar en el RETA para el caso contrario.

En concordancia con lo expuesto, el art. 136.2.c) LGSS asimila a los trabajadores por cuenta ajena y permite la inclusión en el RG –sin derecho a la protección por desempleo ni a las garantías de pago del FOGASA– de los consejeros y administradores de las sociedades de capital –vinculados o no a ella con un contrato de trabajo–, siempre que, por una parte, no posean su control accionarial y, por la otra, el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, “siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma”. Mas cuando ostentan dicho control por encajar en alguno de los supuestos ya reproducidos del art. 305.2.b) LGSS o de otro de tales supuestos cual es: devenir titular de una cuarta parte del capi-

24 Vid. STS de 26 julio 2004 (rec. 4816/2003), incluso en régimen de separación de bienes si el cónyuge controla accionarialmente el capital social.

25 STSJ Castilla-La Mancha de 17 noviembre 1995 (cit.).

tal social y realizar funciones de dirección y gerencia, se ubicarán en el RETA excepto si su edad es de dieciséis o más años.

Hay todavía otros casos que coinciden en sus efectos con los del socio trabajador y el consejero o administrador de una sociedad de capital incluso en el ámbito de la economía social. Recuérdese en este sentido a los socios trabajadores de las sociedades laborales de dieciséis o más años que, por su condición de administradores, realicen funciones de dirección y gerencia y sean retribuidos por ello o por su vinculación con la sociedad mediante un contrato de alta dirección, y no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e) LGSS, incluidos ellos en el RG [art. 136.2.e) LGSS] –sin derecho a la protección por desempleo ni a las garantías de pago del FOGASA cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco. Lo mismo sucede al ser miembros de su órgano de dirección siempre que esta condición no conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni la ostentación de su control accionarial en atención a lo previsto en el mencionado art. 305.2.e) LGSS en concordancia con el 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 octubre, de Sociedades Laborales y Participadas²⁶. De modo que tales socios con la edad indicada al controlar accionarialmente la sociedad no pueden inscribirse en el RETA.

Ahora bien, el legislador persiste en enervar ese conflicto sobre la exigencia de la edad de los dieciocho años y el acceso al RETA con otra técnica, la de exceptuar su aplicación en algunas manifestaciones de la economía social como las cooperativas de trabajo asociado y otras análogas, entre las que no están, como se ha visto, las sociedades anónimas laborales. En este aspecto, interesa destacar que en el año 2009 se registraron 656 cooperativas de trabajo asociado, que contaban con 2.632 socios; en un momento álgido de la crisis económica, año 2012, se elevó el número a 733 con 8.436 socios; y en el 2018 constan 1.143 con 4.480 socios²⁷. Además, en el análisis de este sector del mercado en el 2018 se desprende que el 40,5 por ciento de los trabajadores era menor de 40 años en el conjunto de sociedades, porcentaje que se sitúa en el 40,2 por ciento en cooperativas²⁸, entre ellos eran mujeres el 47,5 por ciento. Por lo tanto, el cooperativismo constituye una solución ante la falta de empleo externo razón por la cual a ella acuden colectivos con mayores dificultades de ingreso en el mercado de trabajo o con perspectivas de un empleo precario, tales como jóvenes y mujeres.

26 Se traduce en que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales por encima de la tercera parte del capital social, excepción hecha de que la sociedad se hubiese constituido inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en donde tanto el capital social como los derechos de voto se distribuyen al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de treinta y seis meses se ajuste al límite general ya señalado.

27 Datos suministrados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, página web: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CoopConstituidasLaboRegistradas/2018/4TRIM/COO_G2.pdf

28 Datos suministrados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, página web: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CaracteristicaSTrabajadores/2019/1TRIMESTRE/RESUMEN_1TRIMESTRE.pdf

Conforme ello, la Ley 27/1999, de 16 julio, de Cooperativas, permite ostentar la condición de socio a “quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo” (art. 80.2), refiriéndose a los menores de edad y mayores dieciséis años gracias, por una parte, al apartado 6 del mismo precepto que impide a “(...) los socios trabajadores menores de dieciocho años [la realización] de trabajos nocturnos ni los que el Gobierno declare, para los asalariados menores de dieciocho años, insalubres, penosos, nocivos o peligrosos tanto para su salud como para su formación profesional o humana”; y, por la otra, a la remisión implícita a los arts. 9 LETA y 6 ET. Siguiendo la estela de la Ley 27/1999, las normas sobre cooperativas de las Comunidades Autónomas amplían esta condición de socio del menor de edad, casi transformando en regla general lo que nació siendo una excepción. Permítaseme citar a modo de ejemplo la Comunidad Autónoma de Galicia, cuya Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (modificada por la Ley 14/2011, de 16 diciembre), efectúa tal transformación con las cooperativas juveniles” (disp. adic. novena), las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (art. 112.6) y las cooperativas de explotación de recursos acuícolas (art. 118.6).

Con ello, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado con dieciséis o más años podrán acceder al RETA, siempre que lo prescriban sus estatutos y, en todo caso por imposición legal, si se dedican a la venta ambulante y perciben ingresos directamente de los compradores tal y como prescribe el art. 305.2.1) LGSS.

Con esta casuística desordenada en los criterios que sostienen la edad de acceso al RETA, cabe preguntarse si el requisito del cumplimiento de los dieciocho años es arbitrario, carente de cualquier criterio razonable y lógico, de *ratio essendi*, o es discrecional. Pregunta que se intentará responder a la luz de la dualidad de argumentos de la doctrina jurisprudencial.

3. LA EDAD DE DIECIOCHO AÑOS COMO REQUISITO ADMINISTRATIVO *PER SE*

Pártase de que en el contexto histórico-legal en donde se promulga el Decreto 2530/1970 la mayoría de edad se situaba con carácter general en los veintitrés años (art. 320 Código Civil), y se redujo a los veintiuno (art. 320 Código Civil en la versión operada por la Ley 7/1970, de 4 julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción). Obedeciendo a ello el Decreto 2864/1974, de 30 agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, de 21 junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, no fijaba edad alguna para la afiliación y/o el alta de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del Régimen del Mar²⁹. Aclaraba, eso sí, en su exposición de motivos

²⁹ Tampoco lo hace la vigente Ley 47/2015, de 21 octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

que se perseguía el objetivo de “conseguir que la población marítimo-pesquera esté constituida por un colectivo humano de estructura racional, en la que su número fundamental esté formado por trabajadores en edad laboral de óptimo rendimiento y evitar el peligroso envejecimiento de la población activa en el mar”. La dicha “edad laboral” no era otra más que los mayores de dieciocho años, o los menores de esa edad y mayores de catorce con consentimiento de sus padres o tutores (art. 11 Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo).

Por lo tanto, al permitir el art. 3 Decreto 2530/1970 el acceso al RETA a partir de la edad de dieciocho años estaba reduciendo en tres la establecida como mayoría de edad y estaba atribuyendo a los trabajadores por cuenta propia capacidad para contratar prestaciones de servicios, todavía sin tener plena capacidad de obrar y en los términos establecidos en el Código Civil, y, como consecuencia, acceder la protección social correspondiente.

Decía Cicerón que “no saber lo que ha sucedido antes de nosotros es como ser incesantemente niños” –lo que tampoco es punible–. En este caso, ese contexto histórico, con el que no se ha pretendido más que hacer un recordatorio de lo sobradamente conocido, da a entender que la reducción de la edad a los dieciocho años para el acceso al RETA se produjo en su momento motivada y razonadamente, esto es, porque existiría una convicción sobre la capacidad natural para contratar prestaciones de servicios³⁰.

Sin embargo, no es esta una opinión mayoritaria, por cuanto se ha aducido que el legislador ha contado con múltiples ocasiones para modificar los citados arts. 7 y 305 LGSS y 3 Decreto 2530/1970, no habiéndolo hecho incluso tras la entrada en vigor de la LETA. Por eso, un grupo de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia consideran que la exigencia de los dieciocho años para acceder al RETA es un requisito administrativo indisponible en sí mismo.

La STSJ Andalucía (Sevilla) de 5 mayo 1997 inició esta doctrina. Conocía ella del supuesto de hecho de una menor de edad que había sido emancipada y solicitara el alta en el RETA para el ejercicio de actos de comercio, a lo que la Tesorería General de la Seguridad Social se negó y, contra tal resolución, la menor litigó y perdió en la instancia, para interponer a continuación recurso de suplicación. El TSJ, desestimando la pretensión, alegó que el requisito de la edad de los dieciocho años, por un lado, no debía ser apreciado desde el Derecho Civil; una cosa, afirmó, “es la capacidad de obrar y otra distinta la que aquí tratamos, que

30 Esto se hizo más evidente con la promulgación del Real Decreto Ley 33/1978, de 18 noviembre, sobre mayoría de edad, que extendió a través de su disposición adicional primera su efectividad “a cuantos preceptos del ordenamiento jurídico contemplan el límite de los veintiún años de edad en relación con el ejercicio de cualesquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de cualquier naturaleza”. La razón, según su exposición de motivos, venía por “la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de que hoy día dispone la juventud”. Pues bien, al rebajar la edad de la plena capacidad a los 18 años, las normas que atribuían de forma excepcional a las personas con esa edad ciertos derechos limitados pierden su sentido social.

no depende sólo de tener aquélla, pues, como se ha dicho, en el momento de dictarse aquellas normas [art. 320 Código Civil en la versión operada por la Ley 7/1970] el mayor de dieciocho años que no llegara a la mayoría de edad y no estuviera emancipado, no tenía capacidad de obrar. Y, por el otro, que constituía otra limitación más “impuesta a los menores emancipados en su capacidad, como [las que] impone también el art. 323 del propio Código Civil”. Adviertan la contradicción del argumento, pues si la edad no guarda relación con la capacidad de obrar, aquélla no puede ser calificada como una limitación de ésta.

Sucedió a la anterior la STSJ de Valencia de 5 marzo 2001, que estimó un recurso de suplicación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia que había reconocido la pretensión de una menor emancipada de estar de alta en el RETA por ejercitar actos de comercio. La decisión aparta radicalmente la aplicación de las normas de Derecho privado arguyendo que la cuestión litigiosa corresponde a los actos de encuadramiento en un régimen especial regido por el Derecho público y decretando que este régimen especial exige “haber cumplido 18 años, nunca ser mayor de edad ni tener capacidad para ser comerciante, conceptos ajenos al puro y simple del cumplimiento de la edad, único aquí relevante”³¹. Argumento reiterado por la STSJ Murcia 9 abril 2001, que también estimó el recurso de suplicación interpuesto una vez más por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia por la que se la condenaba a aceptar el alta en el RETA de un menor de dieciséis años emancipado, para ejercer como albañil, siendo titular del 49 por ciento de las acciones de una empresa, mientras que el 51 por ciento correspondían a su padre.

De este modo, cuando la STSJ Murcia de 6 mayo 2002, también referida a un menor de edad emancipado y titular del 100 por cien de las acciones de una empresa, que solicitaba el alta en el RETA, alta que le fue denegada, confirma la indisponibilidad del requisito administrativo de la edad, busca, al tiempo, una razón, un criterio o, como ella misma dice, una “causa o parámetro”, que lo sostenga para evitar una posible arbitrariedad, cuestión sobre la que no había ningún pronunciamiento previo. *Grosso modo* afirma que eso se marca –el criterio– por “las normas de Seguridad Social”, las cuales definen el trabajador autónomo (art. 2 Decreto 2530/1970) y exigen dicha edad; y no por el art. 323 del Código Civil, cuya función es reconocer la capacidad de obrar limitada de un emancipado y la suplencia de esa capacidad limitada por el correspondiente curador. En el fondo, retoma el argumento ya esbozado de aplicación, en este caso, de la *lex specialis* de Derecho público, frente al Derecho privado, pero no responde al reto que enuncia sobre la razón, el criterio, la causa o el parámetro o como se le desee denominar del requisito administrativo.

En la persistencia de soslayar el inefable requisito, se ha constatado dos argumentos más dispares entre sí y con los que le han precedido. Se trata, por una parte, del que partiendo del art. 3 Decreto 2530/1970, a cuyo tenor: «estarán

31 F.d. 2º.

obligatoriamente incluidos [en el RETA] los españoles mayores de 18 años (...)”, ha sostenido que este precepto no obliga a dicha inclusión a los menores de dieciocho, ni tampoco la niega o prohíbe; simplemente la obligación recae sobre los mayores de dieciocho años. Por eso, la STSJ Cataluña de 20 junio 2001 apuntó que el tal requisito administrativo de la edad no puede por su propia naturaleza ser disponible por las partes o menguar su efecto imperativo, con lo que pareció cerrar cualquier argumento que buscara morigerarlo, hacerlo más dúctil y adaptable a la realidad social y económica.

Por la otra, del que se apoya en el art. 6 ET, sobre la prohibición del trabajo de los menores de 16 años, excepto para prestaciones de servicios en espectáculos públicos, apostillando que el motivo de tal prohibición no radica en una supuesta incapacidad natural o presunta insuficiencia de juicio (art. 156 Código Civil) de los afectados, “sino más bien en un principio protector, relacionado con los años de escolaridad –y los tiempos concretos de ella– que se consideran convenientes o necesarios para los menores de 16 años”. Interesa añadir que la sentencia a la que corresponde ese argumento, del TSJ Madrid de 13 septiembre 2002, desestimaba el recurso de suplicación interpuesto por el INEM que había denegado, previamente, el reconocimiento de unas cotizaciones por desempleo –y, en consecuencia, de la correspondiente prestación– efectuadas por el menor antes de cumplir los dieciséis años, bajo el alegato de que “a diferencia de lo que parece suceder en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (art. 7.1.b LGSS), en el Régimen General al que el interesado pertenecía, no existe limitación por edad en cuanto a la extensión de su campo de aplicación (art. 7.1.a LGSS)”, si se tiene en cuenta las prestaciones de servicios de artistas de espectáculos públicos, siempre que se preserve, entre otros, sus derechos a la escolaridad obligatoria.

En definitiva, si la edad de dieciocho años es un requisito administrativo per se, que no soporta ni debe soportar cualquier comparación con el requisito de exigir una edad vinculada a la capacidad natural de las personas, cómo es posible que se permita por ley la afiliación y/o el alta en el RETA de, por ejemplo, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado con dieciséis o más años (art. 80.2 y 6 Ley 27/1999).

4. LA EDAD DE DIECIOCHO AÑOS COMO REQUISITO ADMINISTRATIVO MOTIVADO POR LA CAPACIDAD DE OBRAR

Otra doctrina jurisprudencial arranca de la STSJ Andalucía (Granada) de 27 febrero 1996 –opuesta a la del mismo Tribunal en su sentencia de la sede de Sevilla de 5 mayo 1997–, en cuyos inicios parte de la necesaria integración de una laguna legal. Sobreentiende, entonces, que el requisito de la edad para inscribirse en el RETA tiene como razón jurídica la capacidad de obrar; o que la edad es el criterio determinante de la capacidad de obrar. De ahí que el menor emancipado dedicado a la extracción de minerales, cuya alta en el RETA le ha sido denegada,

puede, no obstante, practicarla ya que los efectos de la emancipación se asimilan con los de la mayoría de edad, es decir, y para este caso, con el cumplimiento de los dieciocho años. Siendo cierto que esa asimilación cuenta con determinadas limitaciones como no poder tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres o curadores (art. 323 Código Civil), no se impide que tal menor sea titular de una empresa y realice una actividad empresarial o sea autónomo o, en la actualidad, autónomo económicamente dependiente.

Suscriben esta posición las SSTSJ Galicia de 8 mayo 1998 y Castilla-La Mancha de 21 septiembre 1998, con la particularidad en esta última del alta en el RETA del menor con dieciséis años a los efectos de constituir una cooperativa de trabajo asociado, para lo cual el propio art. 80.2 y 6 Ley 27/1999 acepta la prestación de servicios de menores de edad y mayores dieciséis años con autorización de su representante legal. Ambas confirmaron la “equiparación” o “asimilación” del menor emancipado con el mayor de edad, dándole al requisito de los dieciocho años la plena identificación con esa mayoría de edad y, como consecuencia, con la capacidad de obrar que debe motivar su exigencia, la del requisito, para que no resulte arbitraria, para que cuente con una *ratio essendi*.

Adviértase que todas las sentencias consignadas plantean el debate entre la edad de dieciocho años y el menor emancipado, ya para decir que no hay equiparación en las situaciones jurídicas pues esa edad es *per se* un requisito administrativo de acceso al RETA, ya para sostener lo contrario sobre la base de que los dieciocho años se refieren a la mayoría de edad y a la capacidad de obrar. Pero ninguna de ellas trata del menor de dieciocho y mayor de dieciséis no emancipado, lo que hace evolucionar el debate hacia esta cuestión, máxime si se destaca que la exigencia de dieciséis o menos años es suficiente para autorizar al menor a efectuar según qué actos.

A algunos de esos actos se ha hecho referencia en la introducción de este artículo. De entre ellos merece un detenimiento el motivo por el que se reconoce el derecho del menor con dieciséis o más años a prestar consentimiento para recibir un tratamiento médico (arts. 9.2 y 17.10 Ley Orgánica 1/1996), y surge, con ella, la ya consolidada doctrina del “menor maduro”. Imbuida por el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), que parte del pleno reconocimiento de la titularidad de los derechos de los menores de edad, aunque su ejercicio dependa de la capacidad natural que tengan en cada momento; en sus propias palabras: “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación” (art. 3); la citada Ley orgánica 1/1996 asume ese principio e impone a las instituciones, públicas o privadas, y a los órganos jurisdiccionales o legislativos, su aplicación prioritaria “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 2), para lo cual –con-

tinúa– “las limitaciones a la capacidad de obrar [de aquéllos] se interpretarán de forma restrictiva”.

Por este mismo motivo, el de la capacidad natural del menor que es pleno titular de sus derechos, el TCo³², ante una cuestión de conflicto entre los arts. 9.2, pfo, tercero Ley orgánica 1/1996 y 770 LEC referidos a la tutela judicial efectiva del menor, confirma su derecho a ser oído en juicio en determinados procedimientos, siempre si fuere mayor de doce años, pero también menor de esa edad en atención a su discrecionalidad de juicio. Lo que obtiene su refrendo en la jurisdicción ordinaria cuando el TS³³ agrega que la decisión judicial de no practicar la audiencia, en aras del interés del menor, se resolverá de forma motivada sin que la parte que la hubiese propuesto como medio de prueba pueda renunciar a ello, debiendo acordar tal extremo, en su caso y en los términos indicados, el juez de oficio.

Consecuentemente, si en la determinación de una concreta edad para efectuar según qué actos se encuentra la capacidad natural, madurez o discreción de juicio del menor de edad, no será necesaria la emancipación para su efectiva realización³⁴. De igual modo que en el trabajo asalariado, el menor no emancipado de hecho ni de derecho puede otorgar su consentimiento en un contrato de trabajo porque está asistido por sus padres o sus tutores o la institución que lo tenga a su cargo a través de la autorización que emiten [arts. 7.b) ET y 162 Código Civil]; puede también hacerlo para una prestación de servicios por cuenta propia, y pese a que el art. 9.1 LETA no precisa el cómo, se debe entender que con las garantías de la protección que emana de la patria potestad, la tutela, la adopción y el acogimiento en función de lo que corresponda en cada caso. De modo que el debate de la edad de dieciséis o más años para el acceso al RETA, en la hipótesis de que su *ratio essendi* sea la capacidad de obrar sostenida sobre la capacidad natural, comprenderá los supuestos de menores emancipados y los que teniendo dieciséis o más años –edad a partir de la cual se permite como regla general la prestación de servicios por cuenta ajena o por cuenta propia– no lo están cuando completan esa falta de capacidad de obrar plena.

5. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PARA ACCEDER AL RETA CON DIECISÉIS O MÁS AÑOS

5.1. DE LA ARBITRARIEDAD POR DISCRIMINACIÓN A LA ARBITRARIEDAD POR DESIGUALDAD

En algunos pleitos planteados en torno a la exigencia de los dieciocho años como requisito administrativo para el acceso al RETA, se ha intentado atacar el

32 A partir de su sentencia 152/2005, de 6 junio.

33 SSTS (Civil) de 20 octubre 2014 (rec. 1229/2013), que inicia esta doctrina, y de 25 octubre 2017 (rec. 1085/2016).

34 Sobre ello, vid. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el Derecho”, *Revista de la Fundación de Ciencias de la Salud*, 2014, https://www.researchgate.net/publication/273219396_El_menor_maduro_ante_el_Derecho

acto administrativo (la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se deniega el alta) arguyendo su arbitrariedad porque un elemento esencial de aquél era asimismo arbitrario al devenir discriminatorio [art. 47.1.a) Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas] si se comparaba con el requisito de la edad exigido para la afiliación y/o alta en el RG. Pero, antes de esos pleitos referidos a la edad de acceso al RETA, el TCo había taponado premonitoriamente esta vía de agua con su sentencia 184/1993, de 31 mayo. En ella y con ocasión de pronunciarse sobre si la exigencia de haber cumplido cuarenta y cinco años para que un autónomo percibiese las prestaciones por incapacidad permanente total, lo que no se exigía de un asalariado en el RG, se incorporó la doctrina sobre la inadmisión de discriminación en el establecimiento de requisitos diferentes en los también diferentes regímenes del Sistema de Seguridad Social a los efectos de percibir sus prestaciones. Se argumentó que la peculiaridad de cada sector de actividad, las circunstancias especiales de carácter personal, social y profesional y otras consideraciones “sirven de justificación objetiva y razonable para diversificar el tratamiento jurídico aplicable al Régimen General y al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”. En definitiva, no hay un imperativo jurídico de una exacta identidad en cuanto al nivel de protección social de todos los ciudadanos, aunque ello fuere deseable, cuando las prestaciones derivan de diferentes regímenes³⁵.

Queda claro, entonces, que desde la doctrina del TCo la cuestión de no poder acceder al RETA por incumplimiento del requisito de la edad de dieciocho años no constituye una discriminación y, con todo, esa misma doctrina no impide la posible apreciación de una desigualdad de trato no justificada³⁶.

En efecto, el hecho de prestar servicios por cuenta propia y el hecho de hacerlo por cuenta ajena son diferentes, pero se aposentan en un sustrato común: acceder al mercado de trabajo, contar con un empleo. Las normas sustantivas que los regulan –ET, EBEP, LETA y Ley 27/1999– refuerzan ese acceso, si corresponde a un menor de edad y mayor de dieciséis años, a completar su capacidad de obrar limitada por la necesaria autorización de los ejercientes de la patria potestad o la tutela o por la figura de la emancipación de hecho y/o de derecho. Con lo cual para que el requisito administrativo de los dieciocho años de edad del que deriva un trato diferente a los efectos de la protección social para el menor con dieciséis o más años según desenvuelva una prestación de servicios por cuenta propia o por cuenta ajena no sea arbitrario debe cumplir los presupuestos de una arraigada doctrina constitucional.

35 Un análisis pormenorizado sobre esta doctrina se encuentra en SÁNCHEZ NAVARRO, D., “La inclusión en el campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos ...”, cit.

36 Principalmente, SSTCO 61/2013, de 14 marzo, y de 3 julio 2019.

El primero de ellos consiste en que se ampare en una razón o criterio objetivo y razonable –*ratio essendi*– y, en la actualidad, parece que esa edad de dieciocho años *per se* es un requisito artificioso e injustificado. Apréciase, en este sentido, que el contexto social y económico juega un papel determinante en el juicio sobre la conformidad o no a Derecho de cualquier requisito administrativo en el ámbito de la Seguridad Social. Recuérdesse como el propio TCo ha subrayado que el derecho de los ciudadanos a las prestaciones tiene una estricta configuración legal, su mayor o menor alcance se cobija en el art. 41 CE por el que la Seguridad Social se configura como un sistema público en donde “las situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”³⁷. Resulta ahora obvio que el presente contexto económico y social no es el mismo que en el año 1970 –fecha de publicación del Decreto 2530/1970– ni que en el año 1994 –fecha de incorporación del requisito en el art. 7 LGSS–. *Item mas*, todavía en la hipótesis de que el aludido contexto no hubiese cambiado, tendría difícil justificación objetiva y razonable que los menores con dieciséis o más años pudiesen afiliarse y o darse el alta en el RETA para el caso de que prestasen servicios en una cooperativa de trabajo asociado, y no lo pudieren hacer para otras prestaciones de servicios por cuenta propia, siempre con la salvaguarda de completar su capacidad de obrar.

El segundo presupuesto se articula sobre las consecuencias jurídicas que derivan de la distinción de trato propiciada por el requisito, dado que deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Estos últimos calificativos son de apreciación subjetiva, por lo que cabe preguntarse si es excesivamente gravoso o desmedido el efecto de que todos los menores con dieciséis o más años puedan acceder a las prestaciones del RG –aunque a veces se excluya la de desempleo–, de cumplir con los requisitos específicos que las causan, mientras que únicamente los que presten servicios en cooperativas de trabajo asociado y otras análogas cuenten con ese derecho en el RETA. Desmenuzando mayormente el argumento, la pregunta se formula de igual modo si la comparación se efectúa dentro del mismo RETA –lo que no sería necesario al aceptar como hipótesis de partida que la prestación de servicios por cuenta propia y la por cuenta ajena tienen un sustrato común–, es decir, si deviene gravoso o desmedido el efecto de que los menores con dieciséis o más años que prestan servicios en cooperativas de trabajo asociado y otras análogas puedan acceder a las prestaciones del RETA, mientras que a los otros menores de idéntica edad no les asista ese derecho por realizar otro tipo de prestaciones de servicios por cuenta propia. Es, por lo tanto, gravoso y desproporcionado deparar, por ejemplo, la protección frente al desempleo o la incapacidad temporal, a unos prestadores de servicios y no a otros, incluso solo

37 STCo 61/2013, cit., f.j. 7º.

para aquellos susceptibles en teoría de encuadrarse en un mismo régimen, el RETA. Particularmente, creo que sí y que, además, se desconoce el fin perseguido con este trato desigual –salvo el manido equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social– a no ser la protección del interés superior del menor; que ésta estuviese en duda ante la permisón de que ejecuten actividades que pudieren comprometer otros de sus derechos personales y patrimoniales. Y, sin embargo, esa duda carecería de fundamento si el requisito administrativo de la edad tuviese como *ratio essendi* –que es lo que aquí se preconiza y lo hizo también un sector de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ya analizada– la capacidad natural de la persona y, según ella y lo dispuesto en la ley, su capacidad de obrar que se protegería por las figuras ya citadas del Código Civil y sus limitaciones para realizar determinados actos o negocios jurídico mercantiles.

El último presupuesto consiste en un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre el requisito de la exigencia de la edad de dieciocho años para acceder al RETA, el resultado producido y el fin pretendido, en definitiva, de una correcta interrelación de los dos presupuestos precedentes. Se ha apuntado la idea de que se desconoce ese fin, si bien en la doctrina del TCo reiteradamente se acude a imputar por tal el equilibrio económico del Sistema de la Seguridad Social. Evidentemente y de ello da cuenta el propio art. 41 CE, pero no resulta jurídicamente admisible convertir en permanente un fin sostenido sobre un criterio coyuntural; tampoco es de recibo que ese fin se alegue por igual ante la protección deparada en el nivel contributivo y la procedente del no contributivo; no se puede, en definitiva, que el fin dé cobertura a una dispensación de prestaciones para los menores con dieciséis o más años que ejecutan servicios en cooperativas de trabajo asociado y, en cambio, excluya a otros autónomos de la misma edad.

El colofón de esta línea argumental consiste en que la exigencia del requisito administrativo de la edad de dieciocho años para practicar la afiliación y/o el alta en el RETA *per se* incurre en arbitrariedad por generar una desigualdad de trato carente de justificación objetiva y racional, lo que era, por otra parte, de esperar. Tan de esperar como que en estas casi cinco décadas transcurridas desde la promulgación del Decreto 2430/1970 se han retorcido los argumentos jurídicos por culpa de la inacción del legislador hasta olvidar el muy reiterado contexto del nacimiento de la norma: reducir a los dieciocho años la edad exigida para acceder al RETA cuando estaba situada la mayoría de edad en los veintitrés y, poco después de su publicación, en los veintiuno.

Persistir en que el Decreto 2430/1970 y, desde 1994, la LGSS, exigen una edad, dieciocho años, desligado ello de una razón objetiva y racional, supone admitir que cualquier requisito administrativo por el hecho de serlo y de contar con una consigna legal o reglamentaria es conforme a Derecho, con lo cual no habría ningún acto administrativo nulo o anulable. Que para la evitación de litigios sea

más que aconsejable la reforma de los arts. 7 y 305 LGSS y 3 Decreto 2530/1970 resulta palmario. Pero, mientras ello no ocurra, aceptar que el requisito administrativo en cuestión tiene como *ratio essendi* la capacidad natural de la persona y, según ella y lo dispuesto en la ley, su capacidad de obrar para comprometerse en una prestación de servicios, significa que se debe admitir la afiliación y/o el alta en el RETA de los menores de dieciséis o más años completando la dicha capacidad de obrar limitada con los mecanismos dispuestos a tal fin en el Código Civil y las limitaciones introducidas en ese mismo Código, en el de Comercio en concordancia con las prescripciones de la LETA y de la Ley 27/1999.

5.2. LA VINCULACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Es cierto que al otear el acervo normativo de la UE se encuentran disposiciones muy genéricas de cuya aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico no hay duda y que, como corresponde, dejan un amplio margen a la organización de la protección social por los Estados miembros. La primera que merece ser destacada es el Tratado de Funcionamiento de la UE que propone compaginar un nivel de empleo elevado con “la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana” (art. 9); y se compromete a apoyar la acción de esos Estados en los ámbitos de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y en la seguridad social [art. 153.1.a) y c)].

Y la segunda corresponde a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que recoge la prohibición del trabajo infantil hasta la edad, a determinar por cada Estado, de conclusión de la escolaridad obligatoria –en España, los dieciséis años–, además de la protección de los jóvenes en el trabajo especialmente cuando éste pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación (art. 32). Ese aludido carácter genérico de la Carta concuerda con el derogado Convenio de la OIT núm. 5 por el que se fijaba la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales (1919) y, por eso, lleva a pensar que las prescripciones de aquella lo son al trabajo asalariado, que ese es su espíritu, aunque bien ayudan en lo relativo a preservar al menor de la prestación de servicios retribuidos en tanto no se haya garantizado plenamente su derecho a la educación.

Frente al acervo jurídico europeo se ubican otros instrumentos internacionales más eficaces para la defensa del argumento por el que deben afiliarse y/o darse de alta en el RETA los menores con dieciséis o más años, emancipados o no.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño (1989), que desde su publicación en el BOE³⁸ tiene rango de ley en Derecho interno y actúa como *lex*

38 De 31 de diciembre de 1990.

specialis, configura como su primer principio el del interés superior del niño (art. 7), de modo que la prohibición para trabajar antes de “una edad mínima adecuada” se fundamenta en que tal trabajo pueda “ser peligroso o entorpecer su educación” (art. 32). Ello no ocurre desde que se obliga a la escolarización de los menores hasta los dieciséis años, lo que fue utilizado como argumento por la citada STSJ Madrid de 13 septiembre 2002 para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo de un menor mayor de esa edad. Pero, aun así, su fundamentación se antoja demasiado vaga e insuficiente para zanjar el debate sobre la *ratio essendi* del requisito de la edad de dieciocho años para acceder al RETA.

Por su parte, la Carta Social Europea (1961), cuya versión inicial fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, posponiéndose su entrada en vigor hasta el 5 de junio del mismo año, es plenamente eficaz y está vigente en nuestro ordenamiento pese a que haya sufrido una modificación en 1996, la cual se encuentra todavía pendiente del trámite parlamentario de aprobación que se realizará en breve³⁹. Esta explicación obedece a la duda sobre si la parte del instrumento relativa a la protección social contiene menos garantías que la de la versión actualizada, y la respuesta ha de ser negativa.

La Carta Social Europea en la aludida versión primigenia reconoce el derecho de “los niños y los jóvenes (...) a una adecuada protección social, jurídica y económica” (Parte I. 17), derecho que se apoya en la “inadmisión al trabajo” por debajo de los quince años o por debajo de los dieciocho años en el solo caso de “ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres” (art. 7). Lo relevante se halla en que la expresión empleada ya no es prohibición para “trabajar” o al “trabajo”, ambas muy vinculadas al concepto de trabajo asalariado, sino que utiliza la de “admisión al trabajo”, comprendiendo entonces cualquier prestación de servicios. En la prosecución del objetivo, los Estados firmantes se comprometen a “mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social” (art. 12). Repárese que en la redacción aún no ratificada en nuestro país del precepto transcrito la remisión se efectúa al Código Europeo de Seguridad Social (1964) y, sin embargo, no cambia nada el orden de las cosas desde el momento en que dicho Código ha sido ratificado en el Derecho interno en 1995⁴⁰ e, incluso más, coincide en lo sustancial con el Convenio de la OIT núm. 102 (1952), con lo cual y en este punto no se aprecian alteraciones entre el texto primigenio de la Carta y el modificado.

Aclarado lo anterior, he aquí que la dicha Carta, ora por su remisión al Convenio de la OIT núm. 102 –versión de 1961–, ora por su remisión al Código Europeo de Seguridad Social –versión de 1996–, impone a los firmantes que garanticen

39 Así se explica en el documento “Carta Social Europea revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y Declaración que España desea formular”, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 febrero 2019, núm. 267.

40 BOE de 17 marzo 1995.

a “las personas protegidas” la protección de la asistencia médica (parte II) y en los casos de enfermedad (parte III), desempleo (parte IV) y accidente de trabajo y enfermedad profesional (parte VI)⁴¹, aclarando que esas “personas protegidas” son “las categorías prescritas de la población activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por 100 del conjunto de los residentes” (arts. 15, 21 y otros concordantes). Por lo tanto, si la edad para la “admisión al trabajo”, excepto en caso de “ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres” (art. 7 Carta), no puede ser inferior a quince años –dieciséis en nuestro ordenamiento–, éste está obligado a deparar a los asalariados y prestadores de servicios menores de dieciocho años la protección social por las contingencias señaladas (básicamente, sanidad, enfermedad común y profesional, accidente de trabajo y desempleo) en lógica consonancia con la permisión legal (arts. 6 ET, 56.1 EBEP, 9 LETA y 80.6 Ley 27/1999) de que esos menores efectúen tales prestaciones.

Reforzó el ámbito de aplicación de la Carta Social Europea en lo atinente a la edad para la “admisión al trabajo” el Convenio de la OIT núm. 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973), como se deduce de su propio nombre. Indica, de este modo, que se podrá autorizar “el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad” (art. 3.3). La omisión de cualquier referencia a la protección social de los prestadores de servicios se suple con el Convenio de la OIT núm. 102, lo que llevaría a exigir la dotación de protección social a aquéllos a partir de los dieciséis años.

En fin, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) merece ser traída a colación. Su inconveniente radica en que al igual que otras resoluciones de la ONU carecen de vinculación directa con rango de ley en el Derecho interno; al tiempo que su ventaja reside en haber alcanzado el valor de norma de Derecho internacional general en cuanto costumbre jurídica, en cuanto su reconocimiento como verdadera “*opinio iuris sive necessitatis*”. Aparte de ello y en nuestro ordenamiento, cuenta también con una función “transformadora”, pues las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en la Constitución serán interpretadas de conformidad con ella (art. 10.2 CE). Vinculando como nos vincula internamente, a los poderes públicos y, muy en particular, a los órganos jurisdiccionales, la Declaración proclama sin ambages que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo (...) y a la protección contra el desempleo” (art. 23); y que “(...) tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 25).

41 España no ha suscrito las prescripciones sobre vejez (parte V), protección de la familia (parte VII), maternidad (parte VIII), invalidez (parte IX) y supervivencia (parte X) del Convenio de la OIT núm. 102 y del Código Europeo de Seguridad Social.

Una vez superada la posible falta de cobertura de la prestación sanitaria por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, pudiera parecer que la no incorporación de los menores con dieciséis o más años en el RETA estaría mitigada en sus efectos perversos y, tal vez, el resultado del juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre el requisito de la exigencia de la edad de dieciocho años para acceder al RETA, el efecto producido y el fin pretendido, no debiera concluir con una postulación de la arbitrariedad, sino con una simple posibilidad de existencia de tal arbitrariedad. Pero ello no es en absoluto de recibo, porque los instrumentos internacionales con rango de ley en el Derecho interno –en particular, la Carta Social Europea en conexión con el Convenio de la OIT núm. 138– o de costumbre –Declaración Universal de Derechos Humanos– exigen el garantizar la protección por enfermedad común y profesional, accidente de trabajo y desempleo, lo que se incumple cuando la norma legal o reglamentaria imposibilita el acceso al RETA de los prestadores de servicios por cuenta propia con dieciséis o más años.

Este argumento tiene mayor alcance porque también algunas prestaciones de servicios por cuenta de un tercero están excluidas en nuestro ordenamiento de la protección por desempleo, y a ellas se debe aplicar la misma consecuencia: que tal estipulación legal o reglamentaria es contraria a otras normas de origen internacional del mismo rango. Tal sucede con los hijos menores de treinta años que trabajen por cuenta de su progenitor, trabajador autónomo, aunque convivan con él (art. 12.2. LGSS); con los consejeros y administradores de una sociedad de capital, cuando el desempeño de su cargo conlleve funciones de dirección y gestión de la empresa y no ostenten su control accionarial [art. 136.2.c) LGSS]; o con los socios trabajadores de las sociedades laborales que, por su condición de administradores de ellas, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad y no posean su control accionarial [art. 136.2.e) LGSS].

6. CONCLUSIÓN

Aceptando como válidos, salvo mejor parecer, los argumentos jurídicos que concluyen en que el requisito de la edad de dieciocho años es un requisito administrativo arbitrario por generar un trato desigual no justificado ni racional y que el Estado está obligado a deparar una protección social a los prestadores de servicios, especialmente si son menores de edad, por mor de los instrumentos internacionales que lo vinculan como ley interna o como costumbre internacional, las posibilidades de reacción jurídica para reparar el conflicto ante la inacción del legislador pueden ser:

1ª) La actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales mediante la formulación ante el TCo de una cuestión de inconstitucionalidad “una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese”, concretando “la ley o norma con fuerza de ley cuya cons-

titucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión” (art. 35 Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, en desarrollo del art. 163 Constitución y de los artículos concordantes 161 y 164). A estos efectos, son de dudosa constitucionalidad los arts. arts. 7 y 305 LGSS y 3 Decreto 2530/1970 en relación, principalmente, con el art. 14 Constitución.

2ª) La interposición por el interesado de, una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria, un recurso de amparo [art. 53.2 CE y 1.b) y 41 y siguientes Ley Orgánica 2/1979] con la novedad de alegar vulneración del art. 14 CE por desigualdad injustificada derivada de un acto administrativo arbitrario, habida cuenta que el TCo ha rechazado la apreciación de discriminación en la exigencia de tal requisito de la edad.

3ª) El ejercicio del derecho de petición ante el Parlamento europeo sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión ejercido por cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, bien de forma individual o bien de forma asociada con otros ciudadanos o personas (art. 227 Tratado de Funcionamiento de la UE). A estos efectos, corresponde a la UE la armonización y la garantía por parte de los Estados miembro de ofrecer protección social (arts. 9, 21.3, y 48 Tratado) y, en lo concreto, de apoyar y completar, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales consignados, entre otros, en la Carta Social Europea (art. 151), la seguridad social y la protección social mediante directivas “que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembro [art. 153.1.c) y 2.b)].

4ª) El ejercicio del derecho de petición, también individual o colectivo (art. 29.1 CE) ante “cualquier institución pública, administración, o autoridad, así como ante los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta” (art. 2 Ley Orgánica 4/2001, de 12 noviembre, reguladora del Derecho de Petición) –por lo tanto, ante la propia Tesorería General de la Seguridad Social–. En este caso, existe el riesgo de que no sea admitida a trámite porque se entienda que se ampara en un título específico distinto al establecido en la citada Ley “que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial” (art. 8.1).