

RAFAEL ANIORTE SANZ

Subinspector de Empleo y Seguridad Social (Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia)

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1998

Extracto:

EL presente estudio trata de abordar los problemas y efectos que la actual tendencia deslaborizadora del mercado de trabajo comporta sobre el sistema de Seguridad Social y, más concretamente, las dificultades de encuadramiento en los distintos regímenes que lo conforman de las múltiples figuras o formas de trabajo en régimen de alteridad distintas, aunque fronterizas, limítrofes o «afines» al contrato de trabajo.

Sostiene el autor, como tesis fundamental de su estudio, que la calificación de una relación como laboral o excluida de su ámbito no puede depender de aspectos puramente formales, libremente arbitrados por las partes, sino que debe estar en función de la presencia o no de presupuestos definitorios de tipo material. En este sentido, la ausencia o ambigüedad normativa en la delimitación de dichas figuras «extralaborales», junto a las claras divergencias existentes entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, producto de la irracionalidad en que se traduce el hecho de que un mismo concepto o relación jurídica se halle regulado por diversas disciplinas cuyos fines son distintos, han ido creando una preocupante *situación de inseguridad jurídica* en esta materia que nuestros tribunales del orden social han venido a poner de manifiesto a través de una profusa *jurisprudencia de indicios* que, en última instancia, no hace sino constatar tanto las insuficiencias técnicas como las imprecisiones conceptuales de que adolecen los criterios o presupuestos materiales tradicionalmente admitidos como configuradores de la relación jurídico-laboral.

En prueba de esta confusión e incertidumbre jurídica propone el autor dos ejemplos paradigmáticos: de una parte, la figura de los «*trabajos familiares*» y, de otra, el *régimen de encuadramiento en Seguridad Social de los socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas*, cuya problemática largamente aplazada por el legislador trató éste de dar solución, en primer lugar, mediante las modificaciones legislativas introducidas por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, donde, ya lo advertíamos, se sembraban nuevos interrogantes en esta materia nada pacífica. Y ahora, confirmando nuestras hipótesis, incorporando nuevas y significativas modificaciones en el **Proyecto de Ley de acompañamiento para 1999**, cuyas notas más relevantes reseñaremos en el capítulo correspondiente, toda vez que la redacción de este trabajo es anterior a la publicación de dicho texto legal.

Sumario:

Abreviaturas.

- I. Introducción.
- II. Asincronismo y divergencias institucionales entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social.
 1. La relación jurídico-privada del contrato de trabajo y la relación jurídico-pública de Seguridad Social: problemas de delimitación de sus ámbitos subjetivos.
 2. Flexibilidad laboral y problemas de encuadramiento en Seguridad Social: el marco comunitario.
- III. Los perfiles actuales del contrato de trabajo: entre la inseguridad jurídica y una jurisprudencia de indicios.
 1. Planteamiento general.
 2. Las fronteras actuales del contrato de trabajo: la dependencia como cuestión nuclear.
 - 2.1. Aproximación al concepto de trabajador subordinado en el ámbito comunitario.
 - 2.2. El arrendamiento de servicios y la noción del «contratante débil»: entre la «para-subordinación» y la dependencia económica.
- IV. Los trabajos familiares y el encuadramiento en Seguridad Social de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas: dos ejemplos de inseguridad jurídica.
 1. Consideraciones previas.
 2. Los trabajos familiares: entre la «duplicidad normativa» y la tentación del fraude.
 - 2.1. Los trabajos familiares y el criterio de igualdad en la Ley del Tribunal Constitucional: análisis de la STC 2/1992, de 13 de enero.
 - 2.2. Insuficiencias normativas y criterios jurisprudenciales en torno a los trabajos familiares.
 - 2.3. La peculiar caracterización de los trabajos familiares en el Ordenamiento Tributario: el sistema impositivo de estimación objetiva por «Módulos».

3. El encuadramiento en Seguridad Social de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas: hipótesis interpretativas sobre el alcance de la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.
 - 3.1. La presunción del «control efectivo» de las sociedades mercantiles capitalistas: una remisión implícita a la doctrina del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica.
 - 3.2. El encuadramiento en Seguridad Social de los familiares no socios que presten sus servicios para la sociedad: ¿un vacío legislativo?
 - 3.3. Alta dirección y «administradores sociales ejecutivos»: otro claro exponente de reacción de la ley frente a la sentencia.

Bibliografía.

ABREVIATURAS

MATERIAL LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INEM	Instituto Nacional de Empleo
LGT	Ley General Tributaria
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 18/1991, de 6 de junio)
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Ley 8/1988, de 7 de abril)
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo)
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RD-L	Real Decreto-Ley
RD Leg.	Real Decreto Legislativo
RGI	Reglamento General de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero)
RGR	Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social (RD 637/1995, de 6 de octubre)
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD 1841/1991, de 30 de diciembre)
RPS	Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social (RD 396/1996, de 1 de marzo)
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo)
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RD Leg. 1/1994, de 20 de junio)
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RD Leg. 2/1995, de 8 de noviembre)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

AA	Actualidad Jurídica Aranzadi
ADC	Anuario de Derecho Civil
AL	Actualidad Laboral
AS	Aranzadi Social
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
J	Repertorio Jurisprudencia Lex Nova
LCEE	Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi
NDL	Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
RCEF	Revista Centro de Estudios Financieros (Trabajo y S. Social)
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIT	Revista Internacional del Trabajo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RL	Revista Relaciones Laborales
RLL	Revista La Ley
RLSS	Revista laboral y de Seguridad Social Editorial CISS
RT	Revista de Trabajo
RT	Revista de Treball
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
TFCISS	Tribuna Fiscal CISS
TSCISS	Tribuna Social CISS

I. INTRODUCCIÓN

De los profundos cambios que han venido experimentando las estructuras y las formas de gestión empresarial en los últimos años, la doctrina no duda en destacar, por su amplia incidencia en nuestro sistema de relaciones laborales, el fenómeno de la «*descentralización productiva*», considerada como «una nueva forma de organización del trabajo» (CRUZ VILLALÓN), así como «un instrumento de flexibilización de las estructuras productivas que ha permitido a éstas adaptarse a un mercado turbulento y diversificado» (PÉREZ DE LOS COBOS).

En efecto, paralelamente a la reforma operada en nuestro ordenamiento socio-laboral en 1994 (ampliada con la que ya se denomina «2.^a reforma laboral»), se ha intensificado el debate, aún abierto, sobre la «flexibilidad» del mercado de trabajo y la «desregulación» laboral, hasta crearse «una enorme confusión por el uso de la nueva ortodoxia de la flexibilidad en las descripciones de los cambios en la organización del trabajo y el empleo, ya que ha impuesto una tipología única para una diversidad de realidades sociales» (A. POLLERT).

Por una parte, la obsesión neoclásica por el «perfeccionamiento» de los mercados mediante la eliminación de «rigideces» desemboca sempiternamente en lo que se ha dado en llamar «*la culpabilización*» del Derecho del Trabajo ¹. Paradójicamente, dichas tesis, en principio defensoras o proclives a la flexibilidad laboral, alertan ahora contra la «americanización» o «japonización» del mercado de trabajo español, elogiando el modelo social europeo y el Derecho del Trabajo de la llamada Edad de Oro de la economía mundial.

Dichas posiciones neoclásicas proclaman, a veces de modo apologético, la aparición de «nuevos» tipos de trabajo y «nuevos» tipos de relaciones de empleo, la revalorización de la pequeña empresa y del sector no estructurado, así como una «nueva» forma de organización técnica e industrial.

¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «¿Hay un lugar para el derecho del trabajo bajo el sol?»; artículo publicado en EL PAÍS, 12-1-98, pág. 66. Asimismo, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja», RL, Tomo I-1991, pág. 79 y ss. Este autor señala que «si culpabilizar al Derecho del Trabajo de haber generado la crisis es pura y simplemente una falacia, no menos falaz es probablemente pretender que se disponía de un modelo normativo y de una cultura del trabajo adecuados a la realidad económico-productiva...».

Por otra parte, un amplio sector del iuslaboralismo español viene poniendo su acento desde hace más de una década (a veces desde posiciones extremas que hablan de la «desintegración» del Derecho del Trabajo), sobre la necesidad de adaptarse al nuevo modelo socio-económico, evidenciando «la crisis definitiva de las más experimentadas categorías jurídico-formales, propias de la dogmática clásica, a través de las cuales se viene operando la «subsunción» de las actividades sociales y de los procesos económicos en el interior de los conocidos y desgastados esquemas de calificación normativa, que exaltan las lógicas privatistas contractuales, como obsequio u homenaje permanente al formalismo jurídico». (MOLINA NAVARRETE-OLARTE ENCABO).

Como quiera que sea, e independientemente de interpretaciones apodícticas, lo cierto es que la tendencia deslaborizadora del mercado de trabajo, consecuencia de la generalización de los mecanismos del proceso de descentralización productiva, junto a la fragmentación del empleo, ha posibilitado el surgimiento vertiginoso de «nuevas» formas de trabajo en régimen de alteridad distintas, aunque fronterizas, limítrofes o «afines» al contrato de trabajo (MONTROYA MELGAR), lo que ha contribuido a la revitalización de instituciones o figuras jurídicas cuyos contenidos, sometidos a los ordenamientos civil, mercantil e incluso administrativo, se habían ido trasvasando hacia el ámbito de lo laboral en la regulación del trabajo asalariado.

Esta tendencia, inscrita en el proceso de reforma laboral y residenciada en los pronunciamientos jurisprudenciales de los últimos años, no sólo ha supuesto una regresión o freno a la fuerza expansiva del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral sino que, en última instancia, ha obligado a replantearse a la doctrina la vigencia de algunos de los pilares básicos de nuestro ordenamiento laboral: desde la superación del concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena y el cuestionamiento del carácter bilateral de la propia relación de trabajo, hasta la restricción de la presunción legal de «laboralidad» de muy diversas prestaciones de servicios en régimen de ajenidad, debiendo detenerse por ello a «repensar» la afirmación de la doctrina clásica del Derecho del Trabajo en el sentido de que «*la relación de trabajo nace en el contrato pero vive en la institución*» (BORRAJO).

Apuntando en esta dirección, se echa en falta no obstante *un estudio que, desde un punto de vista jurídico, analice los problemas y efectos que dicho proceso «desregulador» comporta sobre el sistema de Seguridad Social y las prestaciones sociales y, más concretamente, en relación con las dificultades de encuadramiento de dichas figuras en los distintos regímenes que lo conforman*, teniendo en cuenta la ausencia o ambigüedad normativa de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, certeramente adjetivada de «proteica, casuística y dispersa, que está sometida últimamente a un proceso vertiginoso de cambio y a tendencias centrífugas muy acusadas» (DESDENTADO BONETE).

Queremos decir con ello que, no obstante la publicación de abundantísimas monografías que, desde la óptica de la relación jurídico-privada del contrato de trabajo, abordan las diversas tipologías del fenómeno, creemos a todas luces conveniente, como manifestación de «una concepción sistemática del Derecho y del deseo de estabilidad y seguridad jurídica» (TOMÁS Y VALIENTE), y éste es el propósito de nuestro estudio, *examinar de manera globalizada las divergencias o puntos de fricción que se producen como consecuencia de la falta de adecuación normativa de dichas figu-*

ras al marco de la relación jurídico-pública de Seguridad Social que, si bien, en principio, se externalizan o parecen circunscribirse a un problema estricto de mera técnica de encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, puede representar, en última instancia, una quiebra del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestro texto constitucional, urgiendo, por tanto, el establecimiento de reglas jurídicas delimitadoras o clarificadoras respecto a las fronteras conceptuales aludidas.

En definitiva, la calificación de una relación como laboral o excluida de su ámbito no puede depender de aspectos puramente formales, libremente arbitrados por las partes, sino que debe estar en función de la presencia o no de presupuestos definitorios de tipo material. De otro modo, al poder elegir la empresa la obtención de un mismo resultado eludiendo el mayor gravamen que comporta el régimen laboral, no sólo quedaría posiblemente abierta una vía para la eventual defraudación sino que, en última instancia, podría comprometer seriamente los propios fines de nuestro régimen público de Seguridad Social, generador de derechos subjetivos en sus distintos niveles de protección, cuyos intereses obviamente exceden en mucho las prácticas o lógicas privatistas contractuales.

Centrado así el objeto de nuestro estudio, diremos que éste seguirá una línea argumental trazada a través de los siguientes puntos o estadios:

En primer lugar, partiendo del postulado o premisa básica de la no identidad entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social no obstante su *vis* atractiva, examinaremos los problemas genéricos y divergencias surgidas en torno a la delimitación subjetiva de sus respectivos ámbitos.

Dichas divergencias, según veremos, se producen como consecuencia de una doble constatación: por una parte, los campos de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social, como ha afirmado el Tribunal Supremo de la Sala de lo Social en su Sentencia de 29 de enero de 1997, «no son exactamente idénticos o coextensos», por no decir que existen graves desajustes en la delimitación de los mismos. Por otra parte, es doctrina reiterada que la afiliación, alta y cotización en un determinado Régimen de la Seguridad Social, si bien puede ser un elemento indicativo, «no indica por sí solo (ni predetermina, ni demuestra, ni niega) la existencia de relación laboral (por cuanto) la fuerza expansiva de la Seguridad Social permite entrar en su ámbito a personas en quienes concurre la condición extralaboral;(teniendo por tanto) las relaciones de trabajo y de Seguridad Social órbitas distintas; y ello pese al criterio restrictivo de la doctrina social en cuanto a la exclusión del ámbito laboral(...))» (SSTS, Sala 4.ª, 29-1-83, RJ 147; 20-2-86 RJ 963; 12-9-88, RJ 6871; SSTCT 12-7-86, RJ 6097; 17-11-88, RJ 7160, entre otras).

Y si bien, el apartado 1 de la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, dando nueva redacción al artículo 7.1 a) del TRLGSS, remite al ámbito subjetivo de aplicación de los trabajadores por cuenta ajena del artículo 1.1 del TRET, no cabe parificar por ello la relación jurídico-privada del contrato de trabajo con la relación jurídico-pública de Seguridad Social y las prestaciones sociales.

Refuerza nuestra tesis el hecho de que, tanto la jurisprudencia constitucional -que califica al Derecho de Seguridad Social como «*un derecho de configuración legal*» (STC 37/94), o la de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo -que ha establecido como doctrina legal la caracterización jurídico-pública de la Seguridad Social como «*un sistema de derecho público en su globalidad*» (SSTS, Sala 3.ª, de 10, 11 y 12 de julio de 1996, **dictadas en Casación en interés de Ley**), como la doctrina científica, consideran nuestro sistema de Seguridad Social como un ordenamiento jurídico-público de carácter «*administrativo especial*» y «*completo, preciso y cerrado en sí mismo*» (CONDE MARTÍN DE HIJAS).

En segundo lugar, estudiaremos los criterios actuales que delimitan las fronteras del contrato de trabajo, así como la mayor o menor presencia de los presupuestos materiales que configuran éste, partiendo de la constante o máxima jurisprudencial que afirma que «**los contratos son lo que se deduce de su propio contenido obligacional y del conjunto de prestaciones y contraprestaciones que se desarrollan durante su vigencia, y no lo que las partes dicen que son, otorgándole una determinada denominación**» (*vid.* la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 26-2-1986, RJ 834; y recientemente, por todas, la STS 13-3-1997 de la Sala Cuarta, RJLN-n.º 3, julio 1997-XXIX; asimismo, entre otras, las SSTS de la Sala 3.ª, de 4-2-1997, 3-3-1997 y 22-4-1997, J 274, 372 y 717).

Por tanto, habrá de atenderse a las normas que sobre la interpretación de los contratos establecen los artículos 1.281-1.288 del Código Civil, debiendo recordarse que «*esta valoración adquiere especial fuerza cuando se trata de normas de derecho necesario, que no pueden resultar alteradas por la mera voluntad de las partes*» (STS, Sala 3.ª, de 3-3-1997, J 372).

Ahora bien, convendrá señalar en principio que nuestro interés no irá dirigido tanto hacia una catalogación exhaustiva o enumeración de las distintas figuras «extralaborales» surgidas o potenciadas como consecuencia de los fenómenos apuntados y suficientemente analizados por la doctrina, sino, fundamentalmente, al examen crítico de las dificultades y consecuencias que la adecuación de las especialidades de su régimen jurídico representa en nuestro ordenamiento de Seguridad Social y, particularmente, en su actual sistema de encuadramiento.

Para ello, una vez constatadas «*las insuficiencias técnicas, la escasa utilidad práctica y la imprecisión conceptual*» del término «**ajenidad**» como elemento diferenciador de la relación laboral, tal y como se pone de manifiesto en la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 1997 (J 229), centraremos toda nuestra atención en el requisito contractual de la «**dependencia**», subrayando las sustanciales alteraciones que ha sufrido en cuanto a su adecuada comprensión jurídica hacia una progresiva disminución o atenuación de su intensidad y, en última instancia, poniendo de manifiesto la ya insostenible *situación de incertidumbre jurídica* que existe en su delimitación, provocada bien por el vacío o ambigüedad normativa existente, bien por una profusa y maleable *jurisprudencia de indicios* o de calificación por aproximación.

A este fin de comprensión jurídica del problema trataremos, *por una parte*, de lograr una aproximación al **concepto actual de «trabajador subordinado» en el Derecho Comunitario**, teniendo en cuenta su preeminencia sobre nuestro ordenamiento, a través del estudio de la jurisprudencia comunitaria vertida en relación con los principios de libre circulación de trabajadores y de libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Por otra parte, veremos cómo dicho elemento sustantivo del contrato de trabajo se presenta en la actualidad de una forma plural y flexible, modulándose de acuerdo con la categoría profesional del trabajador o difuminándose en el horizonte del trabajo autónomo: desde la nitidez con que aparece en el operario típico del «fordismo» o producción en masa, hasta quedar reducida a su mínima expresión en la relación laboral de alta dirección o desaparecer, real o aparentemente, en ciertas formas de trabajo autónomo o «parasubordinado», donde a veces puede hablarse más bien de una «*dependencia económica*», que no jurídica, del contratante que presta sus servicios (noción del «*contratante débil*»), no obstante el desequilibrio existente en cuanto a la fuerza contractual de las partes de la relación jurídica.

En tercer lugar, propondremos como ejemplos o paradigmas de la problemática que abordamos en este trabajo, de una parte, la figura de los «*trabajos familiares*» y, de otra, el *régimen actual de encuadramiento en Seguridad Social de los socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas*, no tanto por ser este último supuesto un tema de reciente actualidad, tras las modificaciones legislativas introducidas por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, como por haber hallado en dicho régimen buena muestra de la situación de incertidumbre jurídica observada en este campo, cuya plasmación y modesta contribución a su esclarecimiento constituye, en definitiva, uno de los propósitos iniciales de estas páginas.

La elección de estas figuras o formas de trabajo, cuyos puntos conflictivos desarrollaremos en profundidad, obedece a muy variadas razones de distinta índole, pudiendo señalarse, en principio, que su tratamiento conjunto responde a un hecho perfectamente constatable en la realidad socio-económica de nuestro país y que muchas veces pasa inadvertida ante el operador jurídico: dada la peculiar estructura empresarial española, con una presencia importante de la pequeña empresa, frecuentemente de carácter familiar, unido al fuerte incremento de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, cuya realidad ha sido puesta de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de su norma reguladora (Ley 2/1995, de 23 de marzo), la trascendencia del encuadramiento en los distintos regímenes de Seguridad Social de quienes, de una u otra forma, presten en ellas sus servicios, resulta a todas luces relevante.

También consideramos de particular importancia los motivos jurídicos que explican nuestra inclinación hacia dichas figuras. En este sentido, podemos apuntar, en primer lugar, que ambas se sitúan en los extremos o límites de un haz de fuerzas o tendencias contrapuestas claramente perceptibles en nuestro ordenamiento socio-laboral. Por una parte, el trabajo familiar, excluido inicialmente del *ager* laboral, se mostraría como «*fuerza centrípeta*» hacia el estatuto más favorable que éste ofrece. Por otra parte, en el extremo opuesto, el amplio espectro de «la actividad prestacional orgánico-laboral societaria», aparecería como una más de las «*fuerzas centrifugas*» que venimos señalando y cuya expulsión final del ámbito del RGSS, excepción hecha de la relación especial de alta dirección, hallaría su causa jurídica en la imperceptibilidad de un requisito esencial del contrato de trabajo como es la dependencia o subordinación (*agentes comerciales independientes, becaarios, transportistas con vehículo propio*, etc.).

Junto a estos vectores jurídicos de clara resultante, en el supuesto de los trabajos familiares, además de resultar apreciables las divergencias conceptuales mencionadas, interviene a su vez o «*pugna*» de forma inopinada en la delimitación del concepto de «trabajador asalariado» un tercer

ordenamiento, el Tributario, concretamente y a los efectos de la individualización de los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales, a través del «**sistema de estimación objetiva por módulos**», regulado en los artículos 43, 68 y 69 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Según comprobaremos, esta modalidad de sistema impositivo, que considera como «*persona asalariada*» a efectos de declaración como rendimientos de trabajo, *al cónyuge o hijos menores del sujeto pasivo que convivan con él, trabajen de forma habitual y continuada, celebren el oportuno contrato laboral y comuniquen su alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social*, puede incidir negativamente en la problemática que venimos subrayando, al tiempo que corrobora otra de las tesis fundamentales de nuestro trabajo: **la irracionalidad en que se traduce el hecho de que un mismo concepto o relación jurídica se halle regulado por diversas disciplinas cuyos fines son distintos.**

Por su parte, desarrollaremos con detenimiento la disposición adicional 27.^a del TRLGSS, introducida por la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, donde, si bien se trata de dar solución a una problemática largamente aplazada respecto del encuadramiento en Seguridad Social de socios y administradores de sociedades de capital, siembra ésta de nuevos interrogantes, cuando no sobrepasa los razonables límites del fenómeno conocido como «*reacción de la ley frente a la sentencia*».

Y ello es así por cuanto el juego de presunciones que el citado precepto introduce respecto del «*control efectivo*» de dichas sociedades por parte de sus socios trabajadores, a efectos de su inclusión obligatoria en el RETA y, toda vez que la norma admite la posibilidad de que dicho «*control efectivo*» pueda darse de modo «*indirecto*» o «*por cualquier otro medio*» en virtud del cual la Administración pueda demostrar su existencia, se produce, entre otros reenvíos, *una remisión implícita tanto a la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo de la personalidad jurídica» como a la doctrina del «grupo de empresas»*, cuya aplicabilidad por la Administración puede representar, entre otros efectos, *la extrapolación de uno de los privilegios de que ésta dispone con mayores e importantes consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social, cual es el derivado del principio de autotutela ejecutiva y decisoria o declarativa.*

Por último cabrá advertir, como premisa básica de este estudio, su carácter interdisciplinar, lo que exige acudir a conceptos procedentes de otras ramas del Derecho, además del Laboral y de Seguridad Social, como el Civil y Mercantil, pero también el Tributario o Financiero e incluso el Administrativo. En efecto, la fenomenología de los supuestos que se examinarán no sólo trasciende claramente el marco jurídico estrictamente socio-laboral sino que, en última instancia, describe el desarrollo de nuevos modelos organizativos y productivos cuyas tipicidades, normativa y judicialmente vinculantes, exigen un esfuerzo que supere las insuficiencias de las tradicionales categorías jurídico-formales, para aprehender de forma más omnicompreensiva la realidad socio-económica imperante.

II. ASINCRONISMO Y DIVERGENCIAS INSTITUCIONALES ENTRE LOS ORDENAMIENTOS LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. La relación jurídico-privada del contrato de trabajo y la relación jurídico-pública de Seguridad Social: problemas de delimitación de sus ámbitos subjetivos.

En el marco de la concepción universalista de nuestro sistema de protección social, propugnado por el artículo 41 CE, la extensión subjetiva del sistema de Seguridad a otros trabajadores distintos del trabajador por cuenta ajena «*en sentido estricto*»², ha dado lugar al fenómeno conocido como de «*deslaborización de la Seguridad Social*», al que a veces se identifica con una «*desvinculación del Derecho de la Seguridad Social respecto del Derecho del Trabajo*»³.

Junto a este proceso, ya hemos puesto de manifiesto la progresiva extensión de otro fenómeno paralelo, asimismo identificado como de «*deslaborización*» de las relaciones jurídicas en régimen de alteridad distintas aunque afines al contrato de trabajo, pertenecientes a ese vasto campo de relaciones jurídicas obligacionales o contractuales de cambio, particularizadas por la infraestructura socio-económica sobre la que se proyectan.

Según hemos observado, este último fenómeno viene producido, en síntesis, por la concurrencia de dos circunstancias contrapuestas: de una parte, el excesivo «*ensanchamiento del ámbito laboral*»⁴ que, si bien ha desembocado en la «*especificidad*» de las relaciones jurídicas laborales como pertenecientes a géneros jurídicos más amplios de los que constituyen especies, la propia derivación de los géneros de los que se desprenden han hecho enormemente difícil delimitar sus propios confines⁵; de otra parte, el ya esbozado proceso de descentralización productiva y flexibilidad laboral, cuyo debate aún abierto, no obstante ser tildado a veces de «*abstracto*» e «*ideologizado*»⁶, continúa siendo un

² La expresión ha sido utilizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997, Sala de lo Social (Recurso 2577/95; Ponente: Sr. Martín Valverde), publicada en RJLN, n.º 1, mayo 1997, pág. XXXIX. Asimismo, *vid.* el comentario de la misma realizado por CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., en AL, n.º 4, 1988, 26 enero/1 febrero 1998, págs. 223-23; en la misma publicación, *vid.* la STS, Sala 3.ª, de 19 de septiembre de 1997, págs. 232-234.

³ En este sentido, *vid.* BALLESTER PASTOR, I.: «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», RTSS, enero-marzo 1995, pág. 28. Ello significa, según la autora, «que el ámbito subjetivo de la Seguridad Social va a extenderse hacia figuras a las que tradicionalmente se habían negado los derechos laborales y, por tanto, no van a confundirse los campos de aplicación de ambas disciplinas».

⁴ La expresión es utilizada en las Sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1986 de la Sala de lo Social, citadas en las SSTs de la Sala 3.ª, de 3-3-1997 y 8-4-1997, (J 703 y 372).

⁵ *Vid.* ALMANSA PASTOR, J.M.: «El sistema del Derecho del Trabajo», en A.A. V.V.: «*Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*», MTSS, Madrid, 1990, pág. 200.

⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *op. cit.* pág. 90. Sobre el debate acerca de la flexibilidad, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Flexibilidad, juridificación y desregulación», RL, Tomo I-1987, pág. 26; DEL REY GUANTER, S.: «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», RL, Tomo II-1989, pág. 282 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Flexibilidad Laboral. El caso de España», RT, n.º 83, 1986, pág. 13; y «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en A.A. V.V.: «*Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*», MTSS,

lugar común para los analistas de las diversas disciplinas -económicas, sociológicas, jurídicas y de relaciones industriales- en la constatación de los radicales cambios acaecidos en los procesos actuales de reestructuración económica y de desarrollo de la organización y producción empresarial.

Pues bien, la evolución de estos fenómenos en el momento actual ha revelado como nunca la existencia del denominado *asincronismo*⁷ entre las instituciones jurídico-laborales y las de Seguridad Social, no sólo en relación con el derecho comparado o comunitario sino en el nacional propio, de tal suerte que, aun existiendo diversas relaciones jurídicas de la misma rama del Derecho, los conceptos útiles y adecuados a una de ellas no permiten ser trasvasados sin más a las otras.

Y ello es así porque, sencillamente, se trata de ordenamientos distintos. **En primer lugar**, por la «*principalidad*»⁸ o no subordinación entre las relaciones jurídicas laborales y las relaciones de Seguridad Social, lo que permite que éstas tengan ámbitos distintos y, en última instancia, posibilita que las propias tensiones del sistema produzcan simultáneamente tendencias expansivas y deslaborizadoras.

Dichas tensiones, reflejo de una determinada coyuntura en la estructura socio-económica sobre la que dichas relaciones se proyectan, habrían ido agudizando las divergencias conceptuales existentes entre sus respectivos ámbitos de aplicación hasta desembocar en el momento actual donde, no obstante el repliegue de los elementos institucionales tradicionales del contrato de trabajo y la confirmación de las insuficiencias del criterio de la ajenidad como elementos diferenciadores del mismo, sigue siendo este último, sin más, el presupuesto sustantivo que determina la sujeción al Régimen General de la Seguridad Social, cuyos efectos sobre un tercero, derivados de la relación «*triangular*» así establecida y determinante de su encuadramiento en este último, trascienden notoriamente la bilateralidad de la relación jurídico-privada del contrato de trabajo.

En segundo lugar, por la no identidad entre los elementos estructurales de las relaciones jurídicas que configuran sus instituciones, es decir, por la sustancial diferenciación entre los *sujetos, objeto y contenido* de las mismas, así como entre los *principios jurídicos informadores* que constituyen su fundamento, aludiendo con ello a la función socio-económica que la relación cumple y la eficacia que persigue dentro del ordenamiento jurídico.

1990, pág. 263 y ss.; SALA FRANCO, T.: «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo», *Revista de Treball*, n.º 7, 1988, pág. 13; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: «El Derecho del Trabajo: entre la crisis y la crítica», RT, n.º 92, 1988, pág. 10; CASAS BAAMONDE, M.E.: «La individualización de las relaciones laborales», RL, Tomo I-1991, pág. 127; MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: «Los nuevos escenarios de la flexibilidad en el sistema de relaciones laborales», RTSS, abril-junio, 1993, pág. 7 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», RL, I, 1992; y «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», RTSS, n.º 13, marzo 1994.

⁷ ALMANSA PASTOR, J.M., *op. cit.*, pág. 201.

⁸ El término es utilizado por ALMANSA PASTOR, *Ibidem*, para quien tal *principalidad* explica los ámbitos de aplicación diferenciados, así como las divergencias conceptuales entre ellas, si bien señala que ambas «están conexionadas entre sí a través de un nexo vinculante, la actividad productiva profesional, que las cohesionan en el sistema orgánico», si bien dicho nexo «se halla velado y difuminado por las diferentes finalidades que cada uno de los principios jurídicos le hace servir en cada relación».

Confirmando esta premisa, junto a la reiterada doctrina que establece la no predeterminación de una relación como laboral por el mero hecho del alta y cotización en un determinado régimen de la Seguridad Social, cabe recordar la reciente afirmación del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social en la ya citada Sentencia de 29 de enero de 1997 y todo el cuerpo de doctrina creado a raíz de dicho pronunciamiento⁹, en el sentido de que los campos de aplicación de las legislaciones laboral y de Seguridad Social «*no son exactamente idénticos o coextensos*». Como una clara respuesta a dicho cuerpo doctrinal, la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce entre otras modificaciones, la nueva redacción del artículo 7.1 a) del TRLGSS, que remite al ámbito subjetivo de aplicación de los trabajadores por cuenta ajena del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En tercer lugar, por la distinta caracterización, jurídico-privada o jurídico-pública, que configura sus respectivos ordenamientos.

Como confirmación de este postulado básico, tanto la jurisprudencia constitucional -que califica al Derecho de Seguridad Social como «*un derecho de configuración legal*» (SSTC 65/87 y 37/94), o la de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo -que ha establecido como doctrina legal la caracterización jurídico-pública de la Seguridad Social como «*un sistema de derecho público en su globalidad*» (SSTS de 10, 11 y 12 de julio de 1996, **dictadas en Casación en interés de Ley** (RJ 6024 a 6031)), han establecido que dichos ordenamientos son perfectamente diferenciables «y aunque, ciertamente, en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la concreta remisión que, en su caso, se contenga en la normativa de la Seguridad Social; mas cuando ésta no existe y el ordenamiento de la Seguridad Social es completo y preciso, no cabe extrapolar al mismo una regulación jurídico-laboral, para recortar o desvirtuar la estricta eficacia de la norma de Seguridad Social.» (STS, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 1992).

Por su parte, la doctrina científica considera nuestro sistema de Seguridad Social como un ordenamiento jurídico-público («*completo, preciso y cerrado en sí mismo*») de carácter «*administrativo especial*»¹⁰.

⁹ Según la misma, el alcance de la expresión trabajadores por cuenta ajena no tiene la misma extensión en el ámbito subjetivo del TRLGSS que en el campo de aplicación del TRET, argumento que sirve para incluir a los denominados «*administradores sociales ejecutivos*» en el RGSS y, no obstante definirlos como trabajadores por cuenta ajena, afirmar que el régimen de su relación de servicios con la empresa es de naturaleza mercantil, razonamiento que asimismo sirve para excluir a estos trabajadores del derecho a las prestaciones por desempleo en otro cuerpo de doctrina inmediatamente posterior. Ello confirma, en última instancia, el fenómeno conocido como de «*reacción de la ley frente a la sentencia*». Vid. DESDENTADO BONETE, A.: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de Protección Social"», RL, abril 1996, pág. 10.

¹⁰ Vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Desempleo: conflictos jurisdiccionales», AL, n.º 2/8-14 enero 1996, págs. 141-143. Comentando una sentencia que resuelve la alegación de incompetencia del orden contencioso-administrativo para el conocimiento impugnatorio de una sanción de extinción de la prestación de desempleo, afirma éste que «en la actualidad, toda la Seguridad Social no deja de ser una materia administrativa especial... (y) la distinción, posible en la materia laboral *stricto sensu* entre un plano jurídico-privado y un plano jurídico-público de intervención administrativa... no tendría sentido en materia de Seguridad Social, en la que los actos de la Administración de ésta merecerían todos ellos la misma calificación, como actos administrativos, aunque propios de un ordenamiento administrativo especial, cual es el de la Seguridad Social».

A título de ejemplo, puede recordarse una doctrina consolidada respecto a la posibilidad de que el Convenio Colectivo, que tiene carácter de norma, pueda regular materias de cotización a la Seguridad Social: en ellas se proclama de modo terminante que las cuestiones de Seguridad Social Pública quedan fuera del ámbito de ordenación atribuido al Convenio Colectivo (SSTS, Sala 3.^a, de 2-11-1989, 19-2-1990, 24-2-1990, 21-12-1990 y 4-5-1992).

Como paradigma de esta doctrina, la STS, Sala 3.^a, de 4 de mayo de 1992 señala: «Como decíamos en nuestras sentencias de 19 de febrero y 24 de abril de 1990, saliendo al paso de planteamiento similar al actual, en el que se pretende reducir la función de las normas de Seguridad Social sobre cotización a un mero apéndice de regulaciones jurídico-laborales, para las que se reclama la soberanía en la calificación posible de los conceptos retributivos, el debate se centra, a juicio de esta Sala, de modo no adecuado, en torno a la idea de la calificación jurídico-laboral del plus discutido, dando por sentado que la calificación extrasalarial determina la exclusión de la base de cotización, lo que en el caso presente constituye una petición de principio, con la que se elude en realidad un planteamiento riguroso del verdadero problema, que es la base indispensable para darle adecuada solución».

Y más adelante: «Debe partirse del dato de que el ordenamiento de la Seguridad Social es un ordenamiento completo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del ordenamiento jurídico de las relaciones laborales; de ahí que cuando nos encontramos, como en el caso de la definición de la base de cotización con una norma que define con claridad su supuesto de hecho, no sea supeditado limitar el alcance de la misma a otra normativa diferente: la rectora de la relación laboral».

A nuestro juicio, este razonamiento es perfectamente aplicable a todas las materias que dichos ordenamientos regulan, pudiéndose afirmar como conclusión, siguiendo la doctrina contenida en la STC 39/1992, de 30 de marzo, que «El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal con el que, tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinadas, no por un acuerdo de voluntades sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico».

2. Flexibilidad laboral y problemas de encuadramiento en Seguridad Social: el marco comunitario.

Independientemente de los distintos *fines* que, según hemos examinado, informan los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, la progresiva flexibilización del régimen de trabajo asalariado en nuestro país resulta un problema «estratégico» que afecta a ambos en un punto de confluencia: la dificultad en la delimitación subjetiva de sus respectivos ámbitos de aplicación.

Dicho proceso se materializa, por una parte, en la deslaborización del trabajo dependiente en el primero; y, en el segundo, teniendo en cuenta el actual esquema contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social, no tanto en un problema de mera técnica de encuadramiento en los distintos regímenes que lo integran como en las consecuencias derivadas de los diferentes niveles de protección que éstos ofrecen.

En esta tesitura, no siendo claros los perfiles de los elementos configuradores del contrato de trabajo ni los que delimitan las relaciones laborales especiales, y siendo también difusos los que definen otras modalidades contractuales afines a la laboral pero situadas extramuros de ésta, puede existir un campo abonado para la utilización interesada de la ambigüedad que generan esas zonas grises en orden a eludir la mayor onerosidad que comportaría el régimen jurídico propio de la situación en la que, con naturalidad, se debería incardinar la relación establecida.

Por otra parte, como una consecuencia directa de la realización del Mercado Interior y de la consolidación de los principios de libertad de circulación de trabajadores y de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, se plantean diversos problemas en torno a lo que se ha llamado el «choque de sistemas», es decir, los efectos que la europeización de la economía puede tener en relación con la disparidad actual de los sistemas de protección social, en cuanto ello afecta a los costes laborales y, por tanto, a la competitividad de las empresas, así como en relación con los fenómenos comunes que venimos analizando, incluido el de la economía sumergida, que inciden desde luego en la protección social.

Una vez dicho esto, no resulta infundado afirmar que, en este momento, la coordinación de las políticas de Seguridad Social pueda ir centrándose cada vez más en los problemas de financiación del Sistema, y así lo corrobora la publicación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, apuntando incluso algún sector de la doctrina que no es extraño que reaparezca el viejo debate capitalización *versus* reparto con mutuos reproches de inseguridad ¹¹.

La necesidad de adaptar los sistemas de Seguridad Social a las fórmulas de flexibilización que se vienen observando en las relaciones laborales encuentran en el caso español, además de los problemas apuntados respecto de las variables del esquema contributivo, dos barreras significativas: de una parte, el menor porcentaje de los gastos de protección social respecto a la media comunitaria; de otra, la mayor importancia de las cotizaciones sociales, que además se reparten en una mayor desproporción empleador-trabajador que en otros sistemas.

Por otra parte, la coordinación de las políticas de Seguridad Social habrá de afectar a numerosos temas relacionados con la insuficiencia de la concepción tradicional profesional de la Seguridad Social basada en un modelo de contrato de trabajo típico, de trabajadores permanentes a tiempo completo. En este sentido, las nuevas formas de empleo, al tiempo que plantean nuevas necesidades

¹¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pág. 19, donde señala: «el reparto, porque su funcionamiento correcto depende de datos demográficos y de niveles de empleo y productividad que se han vuelto cuestionables; la capitalización, porque depende también de variables poco seguras: la capacidad de ahorro de los individuos y de los grupos, una estabilidad de ingresos infrecuente en la era del empleo precario y de la rentabilidad final de los fondos... La técnica del seguro social y el esquema contributivo, más que medios de definición de derechos, son vías a través de las que se instrumentan las decisiones redistributivas de carácter público y económico». Asimismo, vid. DURAND, P.: «La política contemporánea de la Seguridad Social», MTSS, Madrid, 1991, págs. 386-398.

sociales, suponen la crisis de la cobertura tradicional de los riesgos sociales. Como muestra de ello puede apuntarse la protección social del llamado trabajo «atípico», cuyo haz prestacional puede requerir adaptaciones importantes de los sistemas nacionales de Seguridad Social ¹².

Asimismo, la universalización del sistema de la Seguridad Social supone poner en duda la diversidad de regímenes que lo integran, siendo numerosos los estudios doctrinales que han abogado por una reforma de la estructura del mismo. En todos ellos se pone el acento sobre las dificultades de encuadramiento en los distintos regímenes que lo integran, así como los efectos derivados de la inseguridad jurídica que existe en esta materia (errores en la afiliación, altas indebidas, protecciones superpuestas o vacíos de protección, etc.).

Ahora bien, en lo que sí parecen coincidir todos los proyectos de reforma es en el mantenimiento del RETA como régimen diferenciado del RGSS ¹³. Pero, si la precitada Ley de Consolidación y Racionalización ha sido un primer paso para despejar la oscuridad normativa, se echa en falta no obstante una reestructuración que tenga en cuenta los cambios en la estructura productiva mencionados y, al tiempo que evite las particularizaciones y desigualdades en los niveles de protección logre, en última instancia, una mayor homogeneidad e igualdad en el sistema.

Ello ha de tenerse en cuenta sobre todo con vistas al nuevo marco comunitario donde, por una parte, el proceso de consolidación de los **principios de libre circulación de trabajadores** (art. 48 TCEE), **de libertad de establecimiento** (arts. 52 a 58 TCEE), y **de libre prestación de servicios** (arts. 59 a 66 TCEE) y, por otra, la tendencia mostrada si no hacia la armonización de los sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros, sí al menos el fuerte impulso mostrado respecto de su coordinación ¹⁴.

¹² Una buena muestra de ello es la reciente previsión normativa que dotará de mayor cobertura prestacional a los contratos formativos y en prácticas, así como a los de tiempo parcial inferiores a 12 horas a la semana o 48 al mes. En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo», en A.A. V.V.: «Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo», MTSS, 1993, pág. 179, señala que «Una Seguridad social profesional y contributiva... produce el conocido "efecto Mateo", es decir, que tiende a proteger no necesariamente a los que más lo necesitan, y al trazar las fronteras de cobertura deja fuera a los sectores sociales marginados, para los que la exclusión de la Seguridad Social es un nuevo factor de marginación».

¹³ Ésta es precisamente una de las Recomendaciones que se contienen en el llamado Proyecto de Informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social, «Pacto de Toledo», publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 12 de abril de 1995.

¹⁴ Regulado en el artículo 51 TCEE y su Reglamento (CEE) de desarrollo n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, y el n.º 574/92, relativos a *la Seguridad Social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad*. Sobre el alcance de dicho Reglamento *vid.* la reciente Sentencia del TJCE (Sala 5.ª) de 30 de enero de 1997 (Caso «JAECK»), AL, n.º 26, 23-29 de junio de 1997, págs. 932-934, y la Decisión del Consejo de 30 de junio de 1997, de la Comisión, sobre los modelos necesarios para la aplicación de dichos Reglamentos (DOCE de 12-12-1997).

A este fin, inspirándose en los postulados de *La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores*, las Directivas Comunitarias han puesto su acento, «ante el considerable desarrollo y los muy diversos tipos de contratos de trabajo, aparte del contrato por tiempo indefinido», sobre la necesidad de establecer «un marco comunitario (que) garantice un mínimo de coherencia entre ellos(...) con el fin de reforzar la transparencia del mercado comunitario y de evitar que se produzcan distorsiones en la competencia», cuando no su *falseamiento*, toda vez que, mediante la legislación en materia de Seguridad Social, algún Estado miembro podrá sentirse tentado de acudir a las denominadas «ventajas competitivas institucionales», es decir, aquellas que, por medio de subvenciones o recortes en las cotizaciones a la Seguridad Social, tiendan a beneficiar sus intereses comerciales mediante la reducción de los costes laborales unitarios y, en definitiva, busquen mejorar la competitividad de sus empresas, razón última que, según la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, justifica o fundamenta la reforma laboral operada en nuestro país.

III. LOS PERFILES ACTUALES DEL CONTRATO DE TRABAJO: ENTRE LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y UNA JURISPRUDENCIA DE INDICIOS

1. Planteamiento general.

El ciclo de la «laborización» del trabajo por cuenta ajena, tras haber alcanzado su cota máxima con la regulación de las relaciones laborales de carácter especial a mediados de los años 80 (culminando una evolución legislativa marcada por la «*emancipación del Derecho del Trabajo*» o la «*migración de normas*» reguladoras de los distintos segmentos del trabajo asalariado desde los ordenamientos civil o mercantil hasta el ordenamiento laboral), parece en clara línea descendente hacia las coordenadas de los primeros, acentuando la denominada «crisis» del Derecho del Trabajo.

Dicho proceso de «laborización» ha venido siendo tan intenso que, en los últimos años, se han producido llamadas a una cierta «desregulación» de las relaciones laborales y a una más acusada «especialización» de la normativa que atendiese a la diversidad de situaciones a regular. Precisamente por ello, junto a los factores de preponderancia del sector servicios (la *terciarización* de la economía), el paralelo descenso de la actividad sindical (RODRÍGUEZ-PIÑERO) como contrapunto de la individualización de las relaciones laborales (CASAS BAAMONDE), un sector de la doctrina apunta hacia una revalorización de la voluntad de las partes en la caracterización jurídica del vínculo que se establece entre las mismas (RODRÍGUEZ-PIÑERO), sobre todo a una mayor atención de situaciones reales de subprotección, porque el exclusivo interés acerca de los trabajadores dependientes, habría descuidado la situación de trabajadores «parasubordinados» y autónomos también necesitados de tutela ¹⁵.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Economía sumergida y empleo irregular», RL, n.º 6, junio 1985, págs. 1.004-1.005; asimismo, *vid.* RUIZ CASTILLO, M.: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado"», RL, Tomo I-1991, pág. 46 y ss.

Asimismo, como uno de los cambios más notables experimentados en el sistema productivo y en la estructura ocupacional de los últimos años, se señala la proliferación de modalidades de trabajo que se apartan del «modelo estable a tiempo completo» y que, denominadas en principio como «trabajo atípico» (ALONSO OLEA), derivan en un porcentaje cada vez más alto hacia el «trabajo marginal», cuyo bajo nivel de protección social parece estar llamado a corregirse en breve.

Es precisamente en estas zonas marginales de la población activa -trabajo a domicilio, trabajo en empresas auxiliares, trabajo eventual, trabajo a tiempo parcial- donde la función tuitiva del Derecho del Trabajo suele ser más necesaria. De ahí los esfuerzos (no siempre exitosos, como lo prueba la pujanza de la economía sumergida, según el reciente informe de la OCDE) de reafirmar la laboralidad de estas relaciones y de garantizar con medidas particulares la aplicación efectiva de su regulación protectora.

No obstante, si bien en la mayoría de los casos el trabajo atípico es trabajo asalariado, existe sin embargo un sector de éste que, ora se sitúa en la zona colindante con el trabajo autónomo ora corresponde claramente a tal categoría. Ello explica que una porción apreciable de actividades de esta naturaleza esté siendo considerada por la jurisprudencia estos últimos años como arrendamiento de servicios y no como contrato de trabajo. Otro tanto sucede con el trabajo autónomo y la aparición de ciertas formas de trabajo «parasubordinado» (RUIZ CASTILLO).

Y si es cierto que la Jurisprudencia ha adoptado criterios en ocasiones expansivos en exceso del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación laboral, llegando a reconocer, como premisa, «*el ensanchamiento del ámbito laboral*» (Sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1986 de la Sala de lo Social, citadas en el FD 4.º STS 3-3-1997, Sala 3.ª, J 372), sobre la base de «la fuerza atractiva de la relación laboral que incorpora a su ámbito (realidades negociales donde), junto a las notas definidoras de la relación laboral, concurren otras de contratos contemplados por el Derecho Civil o Mercantil (...) que se diluyen, en lo que es esencial, en el ámbito cada vez más extenso de lo laboral (...)» (FD 3.º STS 8-4-1997, Sala 3.ª, J 703), ello ha sido precisamente por la ausencia de una legislación tuitiva de aquellos otros regímenes de alteridad colindantes con el contrato de trabajo.

En los últimos años, sin embargo, dicha tendencia jurisprudencial parece haber cambiado su orientación tratando, si interpretamos correctamente una doctrina emergente, de «contener dentro de ciertos límites» las figuras contractuales que venimos analizando (VALDES DAL-RÉ), sobre todo respecto de aquellas actividades consideradas típicas donde resulta más borroso y difícil su deslinde (transporte con vehículo propio, agentes y subagentes de seguros y de agencia, becarios, profesionales liberales, etc.).

No obstante, como resultado de esta plausible exégesis que se ha visto obligada a integrar conceptos propios de otros ordenamientos, como el civil o el mercantil, se ha producido lo que denominaremos como *jurisprudencia de indicios* o de calificación por aproximación de la naturaleza laboral o no de diversas formas de prestación de servicios, propugnándose de forma insistente la necesidad de examinar cada caso concreto en litigio y, en última instancia, conduciendo a una situación de incertidumbre jurídica insostenible.

Ahora bien, si dichos criterios jurisprudenciales no forman un cuerpo de doctrina uniforme desde el que sea dable discernir con absoluta certeza y ante cada supuesto de hecho la naturaleza de las relaciones que estudiamos, entendemos que no cabe formular, por vía de abstracción, unas pau-

tas generales que sirvan para resolver los problemas que se presentan en la realidad social en aquellas relaciones contractuales cuyo objeto, por ambas partes definido, sea efectuar una prestación de carácter extralaboral.

O dicho de otro modo, si la variedad y riqueza de los supuestos de hecho que pueden darse en la experiencia práctica aconseja e incluso obliga a mantener una cierta prudencia en la aplicación de los susodichos criterios a los casos que se enjuician, tampoco parece muy acertado acudir como propuesta *lege ferenda* ni a figuras laboralmente tan difusas como las relaciones especiales de alta dirección (MOLERO MANGLANO) o de representación comercial (ORTEGA PRIETO), -y así lo demuestra la reciente exclusión de laboralidad de los socios mayoritarios y los denominados «*administradores sociales ejecutivos*» de las sociedades mercantiles capitalistas o, previamente, la de los «*agentes comerciales independientes*»- o, asimismo, la no menos problemática exclusión constitutiva del ámbito laboral del colectivo de los «*transportistas con vehículo propio*», inscribible asimismo, según apunta la doctrina, en el fenómeno ya mencionado de reacción de la ley frente a la sentencia.

Ante esta tesitura, las soluciones apuntadas por nuestro iuslaboralismo son de muy diversa factura: desde la actualización de la normativa correspondiente para proceder a una aplicación más acorde con las nuevas realidades, hasta la idoneidad de acentuar un modelo de diversificación o «especialización» normativa, incrementando el escalonamiento en la protección legal en este terreno intermedio cada vez más extenso, pasando por la que recomienda la ampliación del ámbito subjetivo del *ager* laboral hacia determinadas formas de trabajo autónomo o «parasubordinado», cuya finalidad perseguiría facilitar que la tendencia expansiva del ordenamiento laboral discurriese por el cauce de la ajenidad y no tanto a través de la figura del contrato de trabajo, tal y como establece la actual regulación legal, posibilitándose con ello dar solución a algunas contradicciones y disfuncionalidades del Derecho del Trabajo.

Tanto unas como otras soluciones no parecen haber tenido en cuenta el hecho de que ***nuestro sistema actual de encuadramiento en Seguridad Social está basado precisamente en el exclusivo criterio de la ajenidad sin más*** y, si tenemos en cuenta que, desde instancias oficiales, se viene hablando de la política de reagrupación de colectivos que debería dar lugar a la estructuración de nuestro sistema de Seguridad Social en dos Regímenes (General y de Autónomos), resulta claro que los distintos niveles de protección de uno y otro agravarían sin duda los problemas de encuadramiento ya observables.

2. Las fronteras actuales del contrato de trabajo: la dependencia como cuestión nuclear.

Sin poder detenernos en la extensa discusión doctrinal en torno a los elementos configuradores de la relación jurídico laboral ¹⁶, sí cabe señalar, por una parte, la confirmación de las insuficiencias del criterio de la ajenidad como elemento diferenciador de la relación laboral, con el con-

¹⁶ En este sentido *vid.* BALLESTER PASTOR, I., *op. cit.* pág. 29 y ss. También es interesante la diferenciación que hace esta autora en torno a los conceptos de trabajador autónomo y trabajador por cuenta propia, subrayando la confusión terminológica entre ambos, pág. 35 y ss. Asimismo, *vid.* DEL VALLE, J.M.: «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», RT, n.º 89, 1988.

siguiente efecto traslativo al ámbito de un Régimen General de la Seguridad Social basado exclusivamente en este término, sin que se haya arbitrado una fórmula de interpretación que reclame el dato de la subordinación jurídica; y, por otra parte, la definitiva atenuación del requisito contractual de la dependencia como elemento configurador del contrato de trabajo.

En el momento actual, puede afirmarse que la nota de dependencia o subordinación continúa siendo la que «*con mayor carga de sentido exterioriza en términos jurídicos la realidad social y económica del trabajo por cuenta ajena*»¹⁷, constituyendo el modo juridificado en que dicha prestación se halla sometida a la disciplina común del ordenamiento laboral.

Resumiendo esta tesis, en el Fundamento de Derecho 2.º de la clarificadora STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 1997 (J 229), se dice:

«... es lo cierto que el criterio de la ajenidad como elemento diferenciador se ha revelado normativa y jurisprudencialmente inocuo, por su insuficiencia técnica, su escasa utilidad práctica y la imprecisión conceptual del término. De esta forma, la dependencia... se revela como exigencia fundamental de la prestación jurídico-laboral y como elemento diferenciador principal, que califica la relación de trabajo y la diferencia de otro tipo de contratos».

Más adelante se afirma en la sentencia precitada: «Es por ello que, en el momento actual puede hablarse de dependencia en la medida en que ésta se presenta de una forma plural y flexiblemente... lejos de las rigideces del pasado, modulándose de acuerdo con la categoría profesional del trabajador y la clase de trabajo encomendado».

Es decir, los problemas que siguen planteándose en torno a la calificación de laboral o no de una relación de prestación de servicios, deben tender a **graduar** el nivel de dependencia que la configura, dando como resultado la elaboración de un cuadro de indicios que tengan significación suficiente para delimitar la exclusión o inclusión en el ámbito laboral.

Efectivamente, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga no aparece nítida ni en la doctrina científica o jurisprudencial ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social, imperando un casuismo en la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, lo que comporta una incertidumbre jurídica tan desconcertante como insostenible.

¹⁷ RIVERO LAMAS y GARCÍA BLASCO: «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo», RL, Tomo II-1987, pág. 36. En esta dirección parece reforzarse la tesis de un sector minoritario de la doctrina que consideraba la dependencia como criterio, si no único, sí definitorio del contrato de trabajo. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del derecho del trabajo», RTSS, n.º 71, 1966, pág. 141 y ss. De este modo, podría identificarse la dependencia en el sentido de «... *disponibilidad o puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza-trabajo del trabajador*» (SALA FRANCO, T.: «Derecho del Trabajo», Valencia, Tirant lo Blanch, 11.ª edic., 1997, pág. 216. En sentido opuesto, *vid.* ALARCON CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», REDT, n.º 28, 1986, pág. 495 y ss.

Ello no obstante, se propugna la búsqueda de la nota diferencial, no en la prestación de un servicio por cuenta de otro ni en la percepción de una remuneración a cambio, rasgos que son también comunes al arrendamiento civil de servicios, sino *en el ejercicio de la actividad en situación de dependencia, cuya graduación en la intensidad de la subordinación servirá para la calificación o no de laboral de la relación jurídica establecida entre las partes.*

2.1. Aproximación al concepto de trabajador subordinado en el ámbito comunitario.

Partiendo de la prevalencia o primacía del Derecho Comunitario (Tratados Básicos y Derecho Derivado de las Comunidades Europeas) sobre nuestro Derecho interno, incluida la propia Constitución¹⁸, trataremos de aproximarnos a determinados conceptos que nos resultarán útiles para nuestro trabajo, fijando sobre todo nuestra atención en el **concepto de trabajador «subordinado»**, menos impreciso, a nuestro juicio, que el tradicional de «trabajador por cuenta ajena», cuyas insuficiencias y pretensiones unitarias *«terminan por convertirse en un todo indescifrable»*¹⁹.

Mas como quiera que en dicha normativa comunitaria no se da una definición al respecto, tendremos que acudir a la **interpretación de las mismas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario** que, en la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores, al hacer las exclusiones e inclusiones, se aproxima un concepto del mismo sin concretarlo dogmáticamente.

Así pues, el ámbito de aplicación subjetivo del principio se refiere al **trabajador asalariado o subordinado** (arts. 48 TCEE y 1 del Reglamento 1612/1968). En principio, el Tribunal, entendiendo que la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador con el empresario no es decisiva para la aplicación del artículo 48 del TCE²⁰, **define por primera vez el contrato de trabajo**²¹ en los términos siguientes: «La característica esencial de la relación de trabajo es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, prestaciones en contrapartida de las cuales recibe una retribución». Esta calificación «no resulta afectada por el hecho de que el trabajador, sin dejar de encontrarse en una relación de subordinación con respecto a la empresa, esté vinculado a los demás trabajadores de la misma por una relación de asociación»²².

¹⁸ Así lo ha proclamado en repetidas ocasiones el Tribunal Comunitario, con base en el artículo 184 TCE. *Vid.* relación de sentencias en este sentido en SALA FRANCO, T.: «Derecho social comunitario», 2.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 54-56.

¹⁹ *Vid.* RUIZ CASTILLO, M.: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado"», RL, Tomo I-1991, pág. 21 y ss.

²⁰ Asunto V.J.M. Raulin: 357/89, 6-2-92. Rec. 1992, pág. I-1.054.

²¹ Asunto Lawrie-Blum: 66/85, 3-7-86. Rec. 1986, pág. 2.121.

²² Asunto *Merci Convenzionali Porto di Genova SPA contra Siderurgica Gabrieli SPA*: 179/90. 10-12-91. Rec. 1991, pág. I-5.923.

Por otra parte, el TJCE señala que «hay una noción "comunitaria" de trabajador subordinado (pues) tales normas se vaciarían de contenido, y las finalidades del TCEE no podrían ser alcanzadas si el contenido de la noción de "trabajador" pudiese ser unilateralmente establecida y modificada por el Derecho interno de cada Estado miembro»²³.

No obstante, el Tribunal no concreta el concepto comunitario de trabajador subordinado o asalariado, señalando únicamente que es preciso valerse de «los principios interpretativos generalmente admitidos» en el Derecho de los Estados miembros (Asunto Levin, 1982).

En diversas sentencias se ha perfilado, sin embargo, el concepto, incluyendo a determinados trabajadores:

- Los obreros y empleados (Asunto Goebbels, 1966);
- Los trabajadores permanentes, los trabajadores eventuales, los trabajadores de temporada, los trabajadores fronterizos y «*los que desarrollen su actividad mediante prestación de servicios*» (Asunto Levin, 1982);
- Los trabajadores a tiempo parcial, salvo que «sean tan limitados que puedan definirse como marginales o accesorios» (Asunto Levin, 1982), siempre que «*la actividad sea real y efectiva*» (Asunto Raulin, 1992), y aunque obtenga de ello una renta inferior a los mínimos de subsistencia y necesite completarlas con ayudas del Estado de acogida (Asunto Kempf, 1986);
- Los trabajadores «*en prácticas*» (Asunto Lawrie-Blum, 1986) o los que hayan trabajado en otro Estado miembro en el marco de una formación profesional, siempre que exista una relación entre su actividad profesional anterior y los estudios de que se trate (Asunto J. E. Bernini, 1992).

Por otra parte, como contraposición al concepto de trabajador subordinado, cabe destacar entre otras, la definición que se vierte de «*trabajador autónomo*» en el artículo 2.1 j) del RD 1627/97, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, mediante la cual se produce la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, como «la persona física distinta del contratista o subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra».

²³ Asunto Unger: 75/63, 19-3-64. Rec. 1964, pág. 349. En el mismo sentido se manifestó el Tribunal en el Asunto Cicco (1968), en el Asunto Jansen (1971) y en el Asunto Levin (1982).

En conclusión puede afirmarse que, si las divergencias institucionales o asincronismo existente entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social es claramente perceptible desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, éste se hace aún más patente si se incardina en el actual marco del Derecho social comunitario donde, según hemos visto, existe una falta de concreción de los conceptos que más útiles resultan a este sector del ordenamiento.

Y si bien respecto de nuestro ámbito laboral se ha venido produciendo una fiel transposición legislativa, no así en las relaciones de Seguridad Social, donde el acervo comunitario aboga por el principio de coordinación y deja a la legislación aplicable de cada Estado miembro. De este modo, sintetizando los problemas que venimos estudiando, la ausencia de un marco normativo claro en materia de Seguridad Social puede dificultar la aplicación práctica de los principios de libre circulación y de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, cuya consolidación habrá de dar un impulso definitivo hacia la armonización de sistemas, y así lo demuestra tanto la solución dada a los casos «Jaeck»²⁴ y «Huijbrechts»²⁵ por el Tribunal de Justicia Comunitario, como recientes pronunciamientos de nuestros tribunales²⁶.

2.2. El arrendamiento de servicios y la noción del «contratante débil»: entre la «parasubordinación» y la dependencia económica.

Como vaticinaba no hace demasiados años un sector de la doctrina, la vuelta de la contratación civil no iba a ser un fenómeno episódico²⁷. Desde entonces, se ha venido propugnando que el auge del trabajo autónomo no responde a los principios clásicos del funcionamiento de la contratación civil, por cuanto en ellos concurren ciertos elementos que lo acercan claramente al trabajo dependiente.

Pues bien, en contraposición a dicha tesis, en el momento actual se confirma como nunca un hecho constatado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia: en diversas prestaciones de servicios que son efectuadas de manera personal y directa por un sujeto vinculado contractualmente concurre también, aunque de forma aislada, alguno de los elementos sustantivos que configuran la relación jurídico-laboral. O dicho de otro modo, si cabe hablar de trabajo autónomo por cuenta ajena, otro tanto puede decirse del trabajo dependiente prestado por cuenta propia o, como prefiere matizar terminológicamente alguna opinión doctrinal, de forma «parasubordinada»²⁸, en clara ruptura, en cualquier caso, de la correlación tradicional que se ha hecho de estos términos.

²⁴ Vid. TJCE (Sala 5.ª) Sentencia de 30 de enero de 1997, publicada en AL, n.º 26, 23-29 de junio de 1997, págs. 932-934.

²⁵ Vid. TJCE (Sala 5.ª) Sentencia de 13 de marzo de 1997, publicada en AL, n.º 41/10-16 de noviembre 1997, sobre reconocimiento a un trabajador fronterizo en paro de las prestaciones por desempleo en el Estado miembro competente.

²⁶ Vid. por todas, SSTS de 23 de junio y 15 de julio de 1997, **dictadas en Unificación de Doctrina** (J 1197, 1224).

²⁷ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *op. cit.*, pág.236.

²⁸ Vid. RUIZ CASTILLO, M., *op. cit.*, pág. 57. Para esta autora, la disfuncionalidad resultante de la multiplicación y diversificación de las formas jurídicas de contratación de prestaciones personales de trabajo, «encontrarían mejor acomodo en una categoría jurídica como la del trabajo parasubordinado. Nos encontraríamos así con una inclusión generalizada en el Derecho del Trabajo de todos aquellos trabajadores que no lo son por cuenta propia y, al mismo tiempo, con una diversificación del contenido normativo».

De este modo, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que se manejan acerca del requisito contractual de la dependencia en el régimen laboral, podemos afirmar, en principio, que el abanico de posibilidades que se pueden presentar es enorme: desde la constatación de los denominados «*falsos autónomos*» hasta la formulación de la teoría del «*contratante débil*», expresión referida al resultado final de *dependencia económica*, que no jurídica, del contratante que realiza una determinada prestación de servicios y que, en última instancia, alude al marcado desequilibrio que frecuentemente se produce en la balanza contractual de las partes de la relación jurídica, señalándose como una de las causas fundamentales de dicho desequilibrio la masificación de las antiguas profesiones liberales.

Ahora bien, tal y como se ha advertido certeramente, «una cosa es la presencia de una situación sociológica de desequilibrio contractual, que pueda fundamentar una intervención legislativa en sentido de protección del sujeto más débil de la relación contractual y otra bien distinta que sean supuestos a integrar plenamente dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo»²⁹.

Es por ello que, a la hora de perfilar con la mayor nitidez posible los criterios o indicios de la dependencia en el actual sistema productivo, al tiempo que resulta obligado «*valorar en cada caso las circunstancias concretas*»³⁰, no deja de insistirse en el hecho de que «...*los contratos son lo que son y no lo que haya de deducirse de las denominaciones dadas por los interesados*»³¹, si bien todavía pueden recordarse singulares excepciones a esta constante jurisprudencial³².

²⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», RTSS, n.º 13, enero-marzo 1994, pág. 29.

³⁰ Máxima reiterada en numerosas sentencias resolutorias de cuestiones litigiosas relacionadas con la separación entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios. *Vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª (FD 4.º), de 3 de marzo de 1997 (J 372), donde se dice que «debe recordarse que esta Sala, en su sentencia de 31 de mayo de 1990, ya tuvo ocasión de señalar que la separación entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, muchas veces borrosa y difícil, obliga a valorar en cada caso las circunstancias concretas; y, asimismo, ha de tenerse en cuenta que, por sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1986 de la Sala de lo social, se reconoce el ensanchamiento del ámbito laboral».

³¹ *Vid.* la STS, Sala 3.ª, de 21 de enero de 1997, J 17, donde se estima la laboralidad de un *profesor de auto-escuela*; asimismo, por recogerse en ella los criterios doctrinales que venimos estudiando, *vid.* la STSJ de Navarra (Sala de lo Social), de 10 de junio de 1997 (R.º 80/1997, AL, n.º 45, diciembre de 1997).

³² *Vid.* la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de febrero de 1997 (J 636), donde se declara la incompetencia de jurisdicción en el supuesto de un agente comercial independiente que estipuló formalmente que en su relación de servicios de venta «dispondría de plena autonomía a todos los efectos». Asimismo, *vid.* la STSJ de Galicia, de 7 de julio de 1997, J 1253, y la STSJ de Madrid, de 11-7-97, J 1256, donde se establecen las diferencias entre la representación comercial y el contrato de agencia; y la STS, Sala 3.ª, de 27-5-97, J 902. La doctrina reseña que algunos de los pronunciamientos que más sorprenden son algunas decisiones en las que el Tribunal admite la autonomía de las partes en la calificación de la relación, tal y como hemos venido señalando. En este sentido, *vid.* STS 23-5-85, RJ 8747 y SSTCT 4-12-86 y 18-2-87, RJ 13148, 3489. Asimismo, ha sido apuntado por algún autor, en relación con la exclusión de laboralidad de los agentes comerciales independientes y el contenido de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que «no resulta aventurado pensar que, en ausencia de los rasgos definatorios materiales más seguros, atienda al dato externo del régimen acogido por las partes al formalizarse la relación de que se trate, abriéndose un posible camino al fraude en la contratación...». *Vid.* PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros-Delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad», AL, n.º 23, 1993, pág. 304. Sobre la «mercantilización» de los contratos de mediación, *vid.* ORTEGA PRIETO, E.: «La actual calificación jurídica, mercantil o laboral, de los contratos de representación o agencia comercial», AL, n.º 44, 1996.

Por otra parte, cabe apuntar que, si bien es cierto que la jurisprudencia tiende a contener dentro de ciertos límites la *vis atractiva* del *ager* laboral, no lo es menos su casi sistemático rechazo del dato formal para la calificación como laboral o no de una determinada prestación de servicios, si bien existen aún singulares excepciones en este sentido como es el de los *becarios*³³ que, a nuestro juicio, representa un claro ejemplo de exclusión *constitutiva* del régimen laboral, o el de los *transportistas con vehículo propio*, si se admite en este último supuesto que su exclusión de laboralidad es de carácter *iuris tantum*³⁴.

Sin perjuicio de «la incidencia que pueda tener *la doctrina de los actos propios* que generalmente se materializa en estos supuestos» (STSJ de Navarra, de 29-9-1997, J 1319), la jurisprudencia señala la **irrelevancia**, por sí solas, **tanto del alta en el régimen de trabajadores autónomos** como el **alta en el Impuesto de Actividades Económicas (Licencia Fiscal)**³⁵ (SSTSJ de Navarra, 17-3-1997 y 29-9-1997, J 678, 1319), o la mera existencia de un contrato de arrendamiento de servicios o, por contra, **la práctica de retenciones en concepto de IRPF para su inclusión**, así como **el ejercicio de determinadas actividades profesionales que están exentas del impuesto del IVA** (SSTS, Sala 3.ª, de 3-3-1997 y 6-5-1997, J 372, 881).

Junto a estas tres «máximas jurisprudenciales» (*análisis del caso concreto, desvinculación judicial de la denominación dada por las partes a la concreta prestación de servicios e irrelevancia del dato formal*), y a tenor de sus pronunciamientos en este sentido, podemos configurar el siguiente **CUADRO** de la que hemos convenido en denominar **«JURISPRUDENCIA DE INDICIOS»** en relación con la presencia del requisito contractual de la dependencia o subordinación.

³³ Se señala como paradigmático el supuesto de los *becarios* o las prácticas en alternancia donde, si bien se produce una auténtica suplantación de contratos de trabajo, la jurisprudencia no admite el carácter laboral con base exclusiva en el título formal de becario (Por todas, *vid.* SSTS 20-10-80 y 13-6-88, RJ 4020 y 5270). No obstante, una reciente jurisprudencia menor viene apreciando el encubrimiento de un auténtico contrato de trabajo a través de una beca (Por todas, *vid.* SSTSJ de Burgos, de 14-3-1996, AS 468; del País Vasco, de 26-3-1996, AS 481; y de Cataluña, de 4-9-1996, AS 3634). Para un estudio de la problemática de los becarios, *vid.* GOÑI SEIN, J.L.: «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales», REDT, 1983, núm. 14, pág. 293 y ss; y, recientemente, VILLALBA SALVADOR, B.: «Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales», AL, n.º 11/16-22 de marzo de 1998, págs. 195-206.

³⁴ En el supuesto de los transportistas con vehículo propio, la exclusión de laboralidad prevista en el artículo 1.3 g) del TRET, se señala que «En la medida en que un requisito formal, cual es la posesión o no de autorización administrativa, se erige en elemento diferenciador entre el transportista-trabajador por cuenta ajena y el transportista-autónomo, cabría cuestionarse si es posible establecer la frontera entre la laboralidad y la extralaboralidad a partir del cumplimiento o no de meras formalidades o trámites de pura significación administrativa», *vid.* PEDRAJAS MORENO, A.: «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores», AL, n.º 21, mayo 1995, pág. 322.

³⁵ *Vid.* SSTS, Sala 3.ª, de 3-3-97, 11-3-97, 18-3-97 y 22-4-97, J 371, 380, 381, 716. En estos pronunciamientos se señala que la mera alta en la licencia fiscal ni desvirtúa la relación laboral ni supone base probatoria que acredite un rendimiento económico, siendo únicamente «un acto formal carente en sí mismo de contenido productivo».

1. Las reglas de interpretación del Derecho común: la causa del contrato.

Como una consecuencia de lo intrascendente que resulta la denominación que las partes otorguen a su vínculo contractual, se apunta la necesidad de atenderse a las normas que sobre **interpretación de los contratos** establecen los artículos 1.281-1.288 del Código Civil.

En principio, se señala, **la causa del contrato** permite operar generalmente con los verdaderos requisitos del contrato de trabajo, apareciendo como regla de delimitación fundamental que ofrece la seguridad de tratar la cuestión desde el orden público jurídico, de forma tal que si este elemento aparece como expresión de un contrato de trabajo no existirán dudas sobre la calificación de la relación como laboral.

Por otra parte, según los artículos 1.1 y 8.1 del TRET, el contrato de trabajo institucionaliza una relación onerosa, en la que el trabajador es, al mismo tiempo, deudor de trabajo y acreedor de remuneración y, a la inversa, el empresario es acreedor de trabajo y deudor de remuneración, por lo que no parece dudoso que la función económico-social del contrato de trabajo consista en el intercambio de prestaciones que constituye su esencia.

Ahora bien, el intercambio de prestaciones que constituye la función social del contrato de trabajo no es un simple intercambio trabajo y precio, porque no todas las relaciones por las que se prestan servicios personales retribuidos son negocios jurídicos laborales. Para que exista un contrato de trabajo, es necesario que el mencionado intercambio se produzca en régimen de dependencia y ajenidad; es decir, se trata de un intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad lo que constituye la finalidad práctica del contrato laboral tutelada por el ordenamiento jurídico que, para constituir **la causa del contrato**, requiere como segunda consideración, *la concurrencia de la voluntad de las partes*, el consentimiento de las mismas dirigido precisamente a alcanzar aquel fin práctico en las condiciones previstas en el Derecho positivo ³⁶.

Desde este punto de vista, parece claro que el contrato y, más aún, la decisión unilateral en cuanto título jurídico generador de condiciones de trabajo, puede moldearse con fuertes salvedades por el consentimiento y por la voluntad primigenios, por lo que «*habrá de estarse a los términos del acto de libertad de otorgamiento*» ³⁷.

³⁶ Sobre el consentimiento en el contrato de trabajo, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia», en A.A. V.V.: «Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo», *op. cit.*, pág. 673 y ss.

³⁷ *Vid.* BORRAJO DACRUZ, E.: «La función reguladora del contrato de trabajo ¿Potenciación o crisis?» AL, n.º 8, 19-25 de febrero de 1996. Págs. 213-215. El autor añade a continuación una serie de interrogantes: «El problema aparecerá si se quieren introducir modificaciones en momentos posteriores cuando no se cuente con cláusulas previsoras iniciales... ¿Cuáles son entonces los remedios jurídicos que acompañen o ajusten las obligaciones de cada parte a los cambios socio-económicos que afecten a la empresa? ¿Opera, y si es así, en qué términos, la cláusula *rebus sic stantibus*? ¿Cabe una revisión judicial para restablecer el equilibrio prestacional recíproco? ¿Hasta qué punto se quebrantan los principios cardinales del sistema civilista, y de «sociedad civilizada», de que el cumplimiento de un contrato, y de una mejora "contractualizada", no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes?» Sobre estas cuestiones, *vid.* el monográfico de AL, 4/96.

Junto a esta interpretación, habrá que tener en cuenta otras reglas civiles, como son el principio de conservación del contrato en el sentido expresado en el artículo 1.277 del Código Civil, donde se establece que *los contratos deben presumirse*, o en este mismo sentido, el precepto contenido en el artículo 1.274 del Código Civil, donde se dispone que *la causa del contrato no se presume* (STS de 10-5-1993, Sala 4.ª, RJ 1525/92), o finalmente como corolario, en el artículo 1.275 de dicho Código, donde se regla que *«los contratos sin causa no producen efecto alguno»*.

En definitiva, no bastará para apreciar la existencia de un contrato de trabajo la presencia de la dependencia y ajenidad, sino que *será necesario además averiguar si la voluntad de las partes está dirigida, específicamente a dicho fin en sí mismo y no se trata de una mera apariencia o simulación que encubre propósito distinto*.

2. La superación de los elementos indiciarios relativos a la integración física, temporal y espacial del trabajador en la organización de la empresa.

Con dicho postulado queremos referirnos tanto a la prestación de servicios en los locales o centro de trabajo de la empresa, la sujeción a horario, dedicación, etc., como a la posibilidad de sustitución del trabajador para desvirtuar la naturaleza laboral del pacto³⁸, debiéndose dejar constancia del paulatino abandono del *intuitu personae* como requisito esencial del contrato de trabajo, sobre todo en las empresas ideológicas o de tendencia e informativas (STS de 31-3-1997, **dictada en Unificación de Doctrina**, J 652)³⁹, o en las denominadas «nuevas profesiones»: *el «teletrabajo», el trabajo informatizado o el trabajo muy cualificado*.

No obstante, se siguen apuntando una serie de indicios que, se considera, sí tienen significación suficiente para delimitar la exclusión o inclusión en el ámbito laboral, entre las que cabe destacar **«la vinculación previa a la empresa y sus características», la independencia y realidad efectiva de la estructura organizativa y patrimonial de la empresa** (STSJ de Navarra, de 18-3-1997, J 678), así como otros elementos indiciarios de índole retributiva, como la no percepción de pagas extra o vacaciones (STSJ de Canarias, de 12-9-1997, J 1445) y, en general, todo el conjunto de circunstancias fácticas que sirven para detectar el trabajo de los denominados **«falsos autónomos»** (utilización de material propio, titularidad de los medios productivos, etc.), cuya doctrina se recoge en la STS, Sala 3.ª, de 4 de febrero de 1997, J 274, afirmando que no pueden considerarse como trabajadores autónomos quienes realizan su trabajo sin existir diferencia cualitativa entre su labor y el resto de plantilla en situación regular en la empresa.

³⁸ Vid. por todas, SSTS de 30-6-1986, 18-7-1986 y 6-5-1987, RJ 3760, 4527 y 3248. Recientemente, STSJ de Extremadura, de 25-9-1997, J 1309, donde se compendia la doctrina jurisprudencial referente a esta cuestión.

³⁹ En la STS de 31 de marzo de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina**, se declara la existencia de relación laboral entre un fotógrafo profesional y una empresa editora de un periódico diario, por hallarse previsto y regulado en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral, **estableciendo que el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual**. Sobre las relaciones laborales en las empresas ideológicas o de tendencia, vid. BLAT GIMENO, F.: *«Relaciones laborales en empresas ideológicas»*, MTSS, 1986, pág. 94 y ss. Por contra, se excluye de laboralidad a un corresponsal de Televisión Española en la STSJ de Madrid, 11-3-1997, J 666.

Es precisamente un sector tan propicio como el de la construcción, aunque no el único, donde con mayor frecuencia se produce dicho «encubrimiento»: al amparo de un pretendido contrato de ejecución de obra, el presunto contratista-trabajador autónomo desarrolla en realidad una pura prestación de trabajo por cuenta y bajo dependencia del presunto comitente.

Pues bien, por su amplia incidencia en el proceso que venimos estudiando, deben subrayarse en este sentido, por una parte, el supuesto de responsabilidad por «*contratas y subcontratas*» pertenecientes a la misma actividad, cuya regulación legal contenida en el artículo 42 del TRET articula un procedimiento no suficientemente desarrollado en la práctica.

Asimismo, cabe destacar la publicación del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen **disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción**, mediante la cual se produce la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, resultando de cierto interés para nuestro estudio el capítulo dedicado a las «*definiciones*» que se vieran en su artículo 2.1, fundamentalmente no tanto la figura del *promotor* [letra c) o del *contratista* (letra h)] o *subcontratista* (letra i), a quienes la norma considera empresarios (art. 2.2), como la del **concepto de trabajador autónomo** (letra j), que asimismo tendrá la consideración de contratista o subcontratista y, por tanto, de empresario, cuando emplee a trabajadores por cuenta ajena, siendo definido por el precepto como «la persona física distinta del contratista o subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra».

3. La importancia del rendimiento como obligación de resultado más que de obligación de medios, junto al mayor riesgo soportado por el trabajador respecto a su propio trabajo.

Aludimos con ello al hecho perfectamente constatable, de que el control del empresario en ciertas profesiones tiende a ejercerse cada vez más en mayor medida sobre el resultado de la actividad desarrollada, como contraposición a todas aquellas hipótesis en las que la obligación es en sentido estricto de medios.

Recordaremos como ejemplos paradigmáticos el de los *mensajeros y repartidores o transportistas con vehículo propio*, finalmente excluidos del *ager* laboral de manera constitutiva por virtud de la disposición final 7.^a de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, adicionando un nuevo apartado g) al artículo 1.3 del TRET, y ello no obstante la reciente tendencia jurisprudencial que continúa declarando la laboralidad de los *mensajeros* ⁴⁰.

⁴⁰ Vid. SSTs, Sala 3.^a, de 18 de julio y 23 de septiembre de 1997, J 1163, 1264, en las que, incidiendo sobre la doctrina de la conocida STS de 26 de febrero de 1986, RJ 834, precisan al unísono que «la moderna doctrina jurisprudencial... ha precisado que el carácter general de la prestación y la ajenidad no se desvirtúan por la aportación de un vehículo propio cuando no tiene relevancia económica para convertir su explotación en elemento definidor...». Sobre el alcance de esta exclusión de laboralidad, vid. PEDRAJAS MORENO, A.: «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores», AL, n.º 21/22-28 de mayo de 1995, pág. 315 y ss.

Así, la STSJ de Cataluña, de 3 de abril de 1997, J 1039, establece que «el precepto, a pesar de su redacción, expulsa del ámbito laboral la relación de los llamados transportistas autónomos, pues sea cual fuere el itinerario de esta norma en trámite parlamentario no podemos dar otra interpretación a sus términos. Acaso el enigmático redactado obedezca, o bien a haber establecido un mandato legal de exclusión de un ente contractual que por las características de la relación entre las partes tendrá naturaleza laboral, bien a una innecesaria salvedad de supuestos de fraude de ley. (Y en el presente supuesto) no nos hallamos ante un transportista que requiera para su actividad una autorización administrativa, sino ante una situación en la que el actor se dedicaba a realizar todo tipo de gestiones y encargos por cuenta y orden de la empresa demandada...»⁴¹.

Por su parte, en el supuesto de los *agentes y subagentes de seguros*⁴², se sigue manteniendo la calificación de trabajadores autónomos, debiendo destacarse en este ámbito de la mediación o representación la problemática suscitada respecto de los denominados «*agentes comerciales independientes*»⁴³, cuya relación contractual, calificada como mercantil al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1996, **dictada en Unificación de Doctrina**, ha recibido fuertes críticas por parte de la doctrina, señalando ésta por una parte, la coincidencia de los ámbitos de aplicación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia, y del RD 1438/1985, de 1 de agosto, **que regula la relación laboral especial de los representantes de comercio**; y, por otra parte, la insuficiencia del concepto de «*independencia*» para distinguir una relación mediadora mercantil de otra laboral.

4. La flexibilización del ejercicio potencial o efectivo del poder de dirección y organización del empresario: entre la programación del trabajo y la autonomía técnica del trabajador.

Identificado tradicionalmente como término sustitutivo de la noción de dependencia en el artículo del 1.1 del TRET, la prestación de servicios «...*dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*» como requisito contractual, se considera en la actualidad de modo incuestionable, doctrinal y jurisprudencialmente, como el elemento diferenciador por excelencia entre el contrato de trabajo y las figuras afines que venimos comentando.

⁴¹ Por su parte, el alcance de esta exclusión ha sido delimitado en la STS de 6 de febrero de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina**, J 150, expulsando del ámbito laboral a un conductor-repartidor con un vehículo de su propiedad destinado al servicio público de transporte y siendo titular de la correspondiente tarjeta de transporte.

⁴² Vid. STCT 28-10-86, RJ 10326; recientemente, STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 406), p.: Sr. MARTÍN VALVERDE (publicada en AL, n.º 3, 19-25 enero 1998), donde se establecen criterios para determinar la inclusión del encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social de esta categoría de trabajadores: el **cómputo anual del salario mínimo interprofesional** como dato indicativo de que se reúne la condición de habitualidad (y procedencia del alta en el RETA), no siendo exigible, por otro lado, que la actividad sea el medio de vida, a estos efectos, «dado que es necesario para determinar un encuadramiento en Seguridad Social considerar criterios que deben ser aplicados indistintamente a miembros de un grupo de personas».

⁴³ Vid. ORTEGA PRIETO, E., *op. cit.*, pág. 859 y ss. Asimismo, vid. PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros-Delegados... y agentes comerciales independientes...», *op. cit.*, pág. 303 y ss.

Ello no obstante, también dicha nota habría venido sufriendo un inequívoco proceso de flexibilización en su significado originario, lo que se ha traducido, en última instancia, en una atenuación de la dependencia configurada en el marco del ejercicio de dichos poderes por parte del empresario.

De este modo, desde su estricta identificación con el poder disciplinario del empleador, tan difuso a veces como en el contrato de trabajo a domicilio (en su versión tradicional o en la relativamente reciente en nuestro país del «*outsourcing*»), hasta la posibilidad del ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa por el alto directivo, la nota de subordinación, en ocasiones claramente mitigada como en este último ejemplo, habría ido ampliándose por la jurisprudencia hasta límites insospechados, sobre todo en supuestos de prestaciones de servicios que requieren un alto grado de cualificación o profesionalidad.

Como claro ejemplo de esta tendencia, resulta significativa la actitud jurisprudencial ante los *trabajos de investigación* o de los denominados «*trabajos intelectuales*» donde, bien se da margen a que en la prestación de servicios «el trabajador desarrolle sus cualidades» o se exprese la dependencia en «la adaptación de su actuar a los fines de la empresa» (STS de 17-11-1988, RJ 7995), bien se resalte la compatibilidad del contrato de trabajo con «la autonomía técnica del trabajador» (STS, Sala 3.ª, de 16-5-1997, J 888).

En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, cumpliendo lo previsto en la disposición final 2.ª de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, así como las recientes modificaciones introducidas en dicho texto legal por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, han venido a arrojar luz sobre el marasmo creado en torno al acervo indiciario sobre la calificación como laborales o no de las prestaciones de servicios que se dan en este sector, si bien dicha regulación, como asimismo ocurre, según veremos más adelante, en la caracterización de los trabajos familiares realizada por el Ordenamiento Tributario (art. 43 Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF), parte de la previa calificación otorgada por las partes a su relación (como laboral, art. 51, o de arrendamiento de servicios, art. 110), a la hora de establecer el contenido de las prestaciones y contraprestaciones de la misma (transmisión de los derechos del autor asalariado en las diversas manifestaciones del sector: publicaciones periódicas, art. 52; programas de ordenador, art. 97; protección *sui generis* de las bases de datos, art. 108 y ss., etc.).

Por su parte, en el supuesto de la contratación de *profesionales liberales*, se apunta que la dependencia se manifestará no en la ejecución del trabajo sino en **la programación** del mismo por parte del empresario o empleador, con lo que también nos encontraremos con una concepción atenuada de este requisito contractual, tal y como hemos visto al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina**.

A su vez, la nota de dependencia en buena parte de estas hipótesis conduce a la constatación de que el alto grado de profesionalidad de ciertos trabajadores tiende a expropiar parcelas de poder tradicional del empresario, cuyo máximo exponente, el de los altos directivos, estudiaremos más adelante con detenimiento.

A modo de corolario puede afirmarse que, si bien puede apreciarse en la jurisprudencia una cierta acomodación del criterio de la subordinación a las transformaciones del mercado de trabajo y a la evolución de la realidad socio-laboral, *el recurso constante al método indiciario desvirtúa la existencia en vía jurisprudencial de una acepción unitaria de subordinación y, como era de esperar, deja un amplio margen de actuación a la discrecionalidad del intérprete.*

De cualquier modo, se apunta la necesidad de efectuar una profunda reconsideración sobre el concepto de subordinación en estos momentos, cuyos trazos muestran una clara tendencia a prolongarse en el tiempo, por lo que la polémica parece estar destinada «a ser sustituida por las nociones de colaboración, cooperación, integración en el proceso productivo, muy alejadas de su tradicional consideración como el sometimiento a las directrices empresariales en cuanto al cómo, cuándo y dónde producir»⁴⁴.

Recapitulando lo dicho puede afirmarse que la ambigüedad normativa existente en la materia que estudiamos, cuando no la intervención del legislador de forma oportunista en la calificación de determinadas relaciones mediante la denominada «*legislación de emergencia*», apartándose incluso de interpretaciones judiciales «*económicamente inoportunas para la Administración*»⁴⁵, han venido incidiendo de modo negativo en los niveles de certeza y seguridad jurídica que, junto a otras disciplinas, debe presidir de modo singular en la rama social de nuestro ordenamiento.

Y, si de manera apriorística y teleológica se afirma que el proceso de flexibilización laboral ha de inscribirse en el marco de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, correspondiendo a la libre iniciativa empresarial la opción por un determinado régimen de contratación para la realización de sus actividades, no debe olvidarse que, desde los irrenunciables límites que deben fijarse respecto del principio de autonomía de la voluntad de las partes, ello no contradice la necesaria igualdad de reglas que eviten erróneas asignaciones de los recursos o desventajas competitivas artificiales que afecten al mismo, resultando prácticamente unánime la opinión de los operadores jurídicos y profesionales en el sentido de no disponer no sólo de un marco normativo claro sino de hallarnos en un momento álgido de la denominada «*crisis de la estabilidad*»⁴⁶.

Por último, cabe señalar que, a los problemas señalados, se añaden otros de no menor importancia que inciden particularmente sobre los tradicionales criterios de imputación jurídica de las relaciones laborales y de Seguridad Social, entre los que se destaca la progresiva «flexibilización» y cre-

⁴⁴ Vid. RUIZ CASTILLO, M., *op. cit.*, pág. 24. Asimismo, la autora señala los elementos del trabajo «parasubordinado» del Derecho comparado italiano: **la coordinación, la continuidad y el carácter prevalentemente personal de la relación**, «con independencia del tipo o modelo contractual y de la naturaleza civil o mercantil del vínculo...», pág. 45 y ss.

⁴⁵ DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, págs. 9-10.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 12. Apunta el autor (tras sostener que la crisis actual del Derecho viene marcada por dos tendencias principales, una de las cuales, que denomina «la contractualización de los contenidos de la ley», como resultado de la necesaria mediación entre intereses de grupos muy diversos, y en ocasiones antagónicos, que «no es extraño que desde el liberalismo conservador se haya descrito este proceso como una amenaza a la libertad y un "camino de servidumbre"».

ciente «despersonalización» de los conceptos de empresa y de «empresario-empendedor», paralelo al proceso de evanescencia de la propia imagen de la persona jurídica en cuanto viene desplazada por una «red» de relaciones que vinculan al trabajador a una diversidad de sujetos que, de hecho, utilizan la prestación de trabajo y, en última instancia, cuestionan el carácter bilateral de la propia relación (Empresas de Trabajo Temporal, Grupos de empresa, etc.)⁴⁷.

Cuando menos resulta paradójico comprobar que, mientras por una parte se ha señalado que las reformas jurídico-laborales de los últimos años han venido dictadas por imperativos de la política económica, relegando al Derecho del Trabajo al papel de «instrumento para imponer el orden económico que conviene a las grandes uniones regionales de Estados, que compiten en el mercado»⁴⁸, se afirme por otra parte que, no obstante la enfatizada «crisis» o «culpabilización» del Derecho del Trabajo, éste sigue siendo una de las mayores garantías del buen funcionamiento de las reglas de competencia leal en las economías occidentales.

IV. LOS TRABAJOS FAMILIARES Y EL ENCUADRAMIENTO EN SEGURIDAD SOCIAL DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS: DOS EJEMPLOS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

1. Consideraciones previas.

En el proceso de conformación permanente del Derecho y de su ordenación en distintas disciplinas, resulta claro que «las situaciones sociales que entre sí guarden similitud o analogía tenderán a someterse al estatuto jurídico más beneficioso en cada momento histórico» (BORRAJO).

Con fundamento en tan preclara exégesis, podríamos explicarnos cómo el proceso expansivo del Derecho del Trabajo, cuyo carácter tutelar ha establecido lógicamente un estatuto más favorable al ámbito por él regulado, ha ido atrayendo hacia sí, ora otros regímenes de alteridad colindantes con

⁴⁷ Sobre esta materia *vid.* MOLERO MANGLANO, C.: «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», publicado en AL, núm. 27, julio 1996, pág. 505 y ss.; y asimismo, MOLINA NAVARRETE, C. - OLARTE ENCABO, S., en «Los nuevos escenarios de la "flexibilidad" en el sistema de relaciones laborales. El "grupo" como nivel específico de negociación de empresa», RTS, núm. 10, junio 1993, págs. 7-63.

⁴⁸ DE LA VILLA (Congreso Mundial de Derecho del Trabajo), *cit.* por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», *op. cit.*, pág. 276. En este sentido, DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pág. 18, tras subrayar «el dominio de la ley por la economía» o «la percepción de ese proceso de cambio gobernado por la subordinación a la economía produce un sentimiento general de contingencia que afecta a la función de seguridad del sistema...», añade: «La imagen de un sistema de derechos de configuración futura que la conciencia social percibe sometido a unas variables económicas y demográficas inciertas afecta a uno de los presupuestos existenciales de la Seguridad Social: la capacidad de proporcionar confianza. Si el Derecho está sometido a una economía cambiante, no sabemos con seguridad el nivel de protección que podremos obtener en el futuro. Aquí ya no cabe el consuelo de que la ley es incierta, pero el derecho cierto (*idus certum, lex autem incerta*), porque el propio proceso de formación de los derechos puede estar en cuestión».

el contrato de trabajo, ora ciertas formas de trabajo tradicionalmente excluidas de su *ager* de modo «*declarativo*», es decir, justificando su exclusión en base a «la ausencia de alguno de los presupuestos sustantivos de la relación jurídico laboral»⁴⁹.

Como paradigma de esta última hipótesis y claro exponente de la que convendremos en denominar «*tendencia centrípeta*» hacia el régimen laboral, incluiremos en este capítulo la figura de los «*trabajos familiares*» donde, por principio natural, no se da la divergencia de intereses propia del contrato de trabajo. Junto a éstos, y como manifestación de las acusadas «*tendencias centrífugas*» que venimos señalando, abordaremos la problemática del encuadramiento en Seguridad Social de los *socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas*.

Considerando que ambas figuras se hallan interrelacionadas, su elección obedece a razones de diversa índole, debiendo señalarse, *en primer lugar* que, si bien la problemática de las «actividades societarias» ha sido suficientemente abordada por doctrina y jurisprudencia, ello no ha sido así en las cuestiones relativas al encuadramiento de los trabajadores familiares en los distintos regímenes de la Seguridad Social, lo que no deja de sorprender teniendo en cuenta, como razón o fundamento único aunque suficiente, la citada importancia de la pequeña empresa familiar en la estructura empresarial española, en consonancia con el importante incremento de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuya forma social resulta más aconsejable para empresas de pequeñas dimensiones, tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁵⁰.

En segundo lugar, dicha elección se cifra en la confluencia en estos regímenes no sólo de sintomáticas y muchas veces irreductibles divergencias entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social a la hora de definir un mismo concepto jurídico sino, a su vez, según veremos en el supuesto de los trabajos familiares, la intervención o «pugna» de otros ordenamientos cuyos fines son distintos, cual es el tributario;

En tercer lugar, como una consecuencia de lo anterior, por tratarse casi con toda seguridad de las parcelas del ámbito de delimitación subjetiva de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social donde aparecen más elevadas dosis de inseguridad jurídica, a las que ha contribuido en buena medida tanto la doctrina jurisprudencial, en su permanente ofrenda al formalismo jurídico, como la acción normativa que, ora se sucede incesante a partir de las exigencias y presiones del momento,

⁴⁹ Vid. por todos SALA FRANCO, T.: «Derecho del Trabajo», 11.ª edic., Valencia, 1997, pág. 228.

⁵⁰ En el apartado 1 del Título I de dicha Exposición de Motivos se señala: «Aunque en el nuevo derecho de las sociedades anónimas, la correspondencia entre sociedad anónima y gran empresa no es absoluta, la elección de esta forma social por empresas de pequeñas y aun medianas dimensiones no resulta completamente aconsejable. El rigor del régimen jurídico de la sociedad anónima..., unido al coste de la estructura, son factores que deben orientar la elección de la forma en favor de la sociedad de responsabilidad limitada. Al mismo tiempo, la cifra mínima de capital social de la anónima cumple una función disuasoria respecto de las iniciativas económicas más modestas. Éstas parecen ser las causas del gran incremento del número de sociedades de responsabilidad limitada que se constituyen, a lo que hay que añadir las muchas transformaciones de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada...».

ora se apresura a reaccionar frente a la sentencia, como es el caso de las recientes e importantes modificaciones introducidas en el TRLGSS mediante la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, relativa al encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas.

2. Los trabajos familiares: entre la «duplicidad normativa» y la tentación del fraude.

Como confirmación de los graves desajustes entre las respectivas normativas laboral y de Seguridad Social, cuya irracional aplicación ha ocasionado no pocas veces la intervención del Tribunal Constitucional, podemos señalar el caso concreto de los *trabajos familiares* donde, además de la perniciosa «pugna» entre los citados ordenamientos debe añadirse la «intromisión» de otros en su configuración jurídica, cual es el Tributario, creándose de esta forma, según analizaremos, una sensación de «*duplicidad normativa*».

Ahora bien, las causas de dicha «desorganización» jurídica hay que buscarlas no sólo en la plétora expansiva de lo laboral sino, todo hay que decirlo, en la *fragmentación y dispersión*⁵¹ de las normas en Seguridad Social, así como en las *desviaciones de la técnica legislativa* operadas en este sector del ordenamiento, cuando no en la utilización del denominado «*derecho subterráneo*»⁵², arraigado vicio endémico de la Administración en su potestad ordenadora de la Seguridad Social, particularmente de la TGSS, y fuente permanente de inseguridad jurídica sobre todo en materia de encuadramiento, cuyo frecuente abuso ha sido tan criticado por la doctrina como oportunamente contestado por nuestros Tribunales⁵³.

⁵¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, págs. 13-16. El autor, que titula el capítulo «La desorganización jurídica de la Seguridad Social: un esbozo de su fenomenología básica», partiendo de la afirmación de que «el examen de la evolución de las normas de la Seguridad Social permite comprobar estas tendencias hacia el desorden jurídico», concluye poniendo de manifiesto «la graves dificultades existentes para un conocimiento adecuado del Derecho de la Seguridad Social».

⁵² La expresión es utilizada por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Fundamentos de Derecho Administrativo», Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 172, contraponiendo el Derecho Administrativo subterráneo al Derecho Administrativo oficial. Con dicho término se alude a la utilización de instrucciones internas o resoluciones de órganos inferiores para introducir regulaciones de hecho en materias cuya ordenación está atribuida únicamente al titular de la potestad reglamentaria.

⁵³ Vid. por todas, la STS de 4 de junio de 1996 (Sala 4.ª), de la que fue ponente MARTÍNEZ EMPERADOR. Dictada en unificación de doctrina y resolviendo el litigio de un Administrador único de una sociedad mercantil capitalista que, dado de alta en el RGSS en 1989, comunica su alta en el RETA en 1994 y pretende que los efectos se retrotraigan a la primera: «(FD 3.º) Los recurrentes... pretenden seguramente, encontrar apoyo en la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 23 de junio de 1992, determinante de la Circular de la Tesorería General número 2034, de 29 de diciembre de 1992; pero una y otra carecen de fuerza normativa, por lo que su eficacia se halla obviamente condicionada a que se hallen acomodadas al ordenamiento jurídico... (FD 4.º)... con las cuales (resolución y circular) se pretendía un ajuste o adecuación con nuestros criterios jurisprudenciales antes expuestos -los cuales, es de advertir, venían referidos al ordenamiento laboral-, y, al propio tiempo, no privar de protección a quienes hasta entonces dicha Seguridad Social había encuadrado en el Régimen General. Pero para lograr esto último se ha forzado, sin modificación normativa al respecto, el campo de aplicación del RETA». Vid. un comentario a esta sentencia en BORRAJO DACRUZ, E.: «Administradores societarios y Seguridad Social pública: un nuevo

Asimismo, también se ha criticado el privilegio de la Administración, con importantes consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social, derivado del *principio de autotutela ejecutiva y decisoria o declarativa* que, en lo relativo al aspecto decisorio, comporta el que la Administración pueda efectuar unilateralmente declaraciones de derecho que afecten a terceros sin necesidad de acudir a los Tribunales y el que corresponda a aquéllos la carga de la impugnación, coadyuvada por la denominada presunción de legalidad de los actos administrativos ⁵⁴.

Como quiera que sea, las muchas veces insostenibles divergencias entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, han provocado la intervención del Tribunal Constitucional que, apelando en sus pronunciamientos al *principio de «unidad del ordenamiento»* (SSTC 79/1991, 92/1991, 2/1992 y 59/1992), o dicho de otro modo, «*al mantenimiento de un núcleo esencial de identidad entre las distintas ramas del Derecho*» (FD 3.º STS 25-2-97, Sala 3.ª, J 285), ha establecido, bien la no permisión de que una norma «*niegue radical e incondicionalmente la condición de asalariado que otras normas posteriores de igual o superior rango reconocen*» (STC 59/1992), bien la imposibilidad, por resultar contraria asimismo al artículo 14 de la CE, «*de que una persona pueda encontrarse de alta en la Seguridad Social en razón exclusivamente de la existencia de un vínculo matrimonial con el empleador para el que presta sus servicios*» (STC 2/1992).

Por otra parte, se señala que, si la legislación laboral y de Seguridad Social incurriera en tales contradicciones, podría afirmarse que los poderes públicos no estarían respetando la interdicción de la arbitrariedad que les impone el artículo 9.3 de la CE, pues no cabe que el ordenamiento jurídico afirme y a la vez niegue la posibilidad de probar que se reúne tal condición (STC 79/1991) ⁵⁵.

En suma, creemos que es desde esta perspectiva donde debe contemplarse tanto la nueva redacción dada al artículo 7.2 TRLGSS por el Real Decreto-Ley 7/1989 (disposición adicional 14.ª) recogida, posteriormente, en la Ley 5/1990 (disposición adicional 11.ª), como la declaración de inconstitucionalidad del precepto original por la STC 2/1992, poniendo así fin a la divergencia existente con el artículo 1.3 e) del TRET y, como atinadamente se ha señalado, rompiendo al mismo tiempo «con la historia de nuestra Seguridad Social y ampliando las posibilidades de fraude» ⁵⁶.

caso de inseguridad jurídica», AL, suplemento al núm. 26, 1996. Para un estudio en profundidad *vid.* XIOL RIOS, J.A.: «El control jurisdiccional dels actes de la Seguretat Social», *Studia Iuridica* -7- «Dret de la Seguretat Social», CGPJ-Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1994, págs. 265 a 290.

⁵⁴ *vid.* SALINAS MOLINA, F.: «El conflicto colectivo de Seguridad Social», *Lex Nova*, Información Laboral, núm. 6, noviembre 1997. En este sentido señala el autor que «la afectación masiva de los actos de la Administración de la Seguridad Social en los que se reflejen sus criterios interpretativos de las normas legales que estime vigentes... origina, en suma los altos índices de litigiosidad referidos y el que precisamente la Administración no sea la parte más interesada en lograr su disminución...». Págs. XXV-XXVI.

⁵⁵ Para un análisis más extenso de estas Sentencias *vid.* SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, J.: «Ámbito subjetivo de la Seguridad Social», *REDT*, n.º 58, 1993, pág. 295 y ss.; y SOLSONA VILLALBA, M.A.: «Relación de parentesco y encuadramiento en la Seguridad Social», *RL*, 1992. La doctrina establecida por dicha sentencia (STC 79/91) es citada en distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como recientemente en la STS, Sala 3.ª, de 3 de octubre de 1997 (AL 375), que resuelve un supuesto similar de afiliación al Régimen especial de empleados de hogar de la hermana del cabeza de familia.

⁵⁶ ALONSO OLEA, M.: «*Instituciones de Seguridad Social*», 14.ª edic., Civitas, Madrid, 1995, pág. 351.

En efecto, ha transcurrido casi una década desde entonces y, si bien los criterios jurisprudenciales explicitados durante este período (sobre todo en cuestiones litigiosas relacionadas con prestaciones de la Seguridad Social, fundamentalmente desempleo), no forman un cuerpo de doctrina totalmente homogéneo, puede afirmarse que las previsiones más pesimistas en torno a las consecuencias de la «laborización» del trabajo familiar se han cumplido con creces ⁵⁷.

Y mucho nos tememos que la inicial búsqueda del estatuto más favorable del régimen laboral, por su efecto traslativo prestacional, se haya convertido en una vía de acceso a las prestaciones sociales, o dicho de otro modo, las elevadas dosis de inseguridad jurídica de que adolecen los vasos comunicantes de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, se han ido disolviendo de tal modo en la férula social que, una vez internalizados, pareciera que el mero cumplimiento de unos requisitos formales vía cotizaciones generara de forma automática unos derechos más propios del seguro privado que de la protección social pública ⁵⁸.

2.1. Los trabajos familiares y el criterio de igualdad en la Ley del Tribunal Constitucional: análisis de la STC 2/1992, de 13 de enero.

Sin ánimo de retomar el debate en torno a la controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1992, de 13 de enero, sí creemos conveniente detenernos en algunos de los razonamientos que en ella se esgrimen por resultar útiles a nuestro estudio, sobre todo porque, al tiempo que lógicamente marca un referente obligado en la doctrina jurisprudencial subsiguiente ⁵⁹, consolida un cambio de orientación en la doctrina surgida en torno al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE ⁶⁰.

⁵⁷ Recordemos que en el recurso de suplicación interpuesto por la Administración contra la Sentencia de la Magistratura núm. 4 de Zaragoza de 13 de febrero de 1986 (fallada a su favor en STCT de 14-4-1989 y posteriormente revocada en amparo por el TC en Sentencia 2/1992), se aludía a que la finalidad del precepto, ulteriormente modificado en su redacción original, era evitar el «alta indiferenciada» al objeto de impedir «situaciones fraudulentas» de «compra de pensiones».

⁵⁸ En este sentido, señala la STC 39/92, de 30 de marzo (FD 6.º): «... es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose, de forma cada vez más próxima al concepto de tributación en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir un determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas y, en tal sentido es abundante la jurisprudencia constitucional que niega a la cuota de cotización la cualidad de "prima de seguro" de la que se derive necesariamente el derecho a la prestación o pueda dejar de pagarse caso de inexistencia de ésta (SSTC 103/83, 65/87, 127/87 y 189/87)».

⁵⁹ Vid. por todas la STS de 25 de noviembre de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 1503), donde, invocando esta doctrina, establece que no cabe la exclusión de la prestación por desempleo en base al parentesco con titulares de la sociedad o por la titularidad de una mínima parte de las acciones.

⁶⁰ El supuesto es suficientemente conocido: cursada la baja de oficio por la TGSS de una trabajadora a raíz de su matrimonio con el empleador, ésta recurre en amparo ante el TC. En la misma Sentencia se invoca la doctrina establecida en las SSTC 79/1991 y 92/1991, apreciándose en ambas trato desigual por no permitirse su inclusión en el RGSS de empleados domésticos contratados por sendos titulares del hogar familiar a los que unía vínculo de parentesco.

A nuestro juicio, dos son las cuestiones clave en este pronunciamiento: *por una parte*, la consideración como discriminatoria no de la diferente inclusión en un determinado régimen de Seguridad Social, sino la imposibilidad de probar por parte de la actora la existencia de relación laboral por mor de la exclusión (presunción *iuris et de iure*) del *ager* laboral; y, *por otra parte*, la particular interpretación del TC en su FD 4.º, donde señala lo siguiente:

«El resultado es, además, manifiestamente desproporcionado respecto a la finalidad perseguida por la norma. Si ésta se fundamenta en la diferente situación real que puede existir en la prestación de trabajos familiares, lo cierto es que el resultado que produce va más allá de tal fundamento pues no se limita a endurecer los requisitos de inclusión en el sistema sino que pasa directamente a ignorar la posible existencia real de la relación de prestación de servicios, **impidiéndose de modo absoluto el acceso a la Seguridad Social** (el subrayado es nuestro). En este último sentido, conviene tener en cuenta que la codemandada, a pesar de que efectivamente presta servicios, **no puede acceder por ministerio del artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, al Régimen General ni, en aplicación del artículo 3 b) del Decreto 2530/1970, al Especial de Autónomos -al quedar acreditada la condición de laborales de aquellos servicios-**. Tal finalidad puede justificar la exigencia de determinada actividad probatoria por parte del interesado en la inclusión(...), pero nunca la radical y absoluta expulsión del sistema **de quien resulta ser un trabajador subordinado**».

Interpretando dicho tenor literal, entendemos que el Alto Tribunal no tiene en cuenta, de un lado, que la figura del «**cónyuge colaborador de trabajador autónomo**» se halla incluida obligatoriamente en el RETA, [art. 3. b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto] y, por tanto, se halla protegido por dicho Régimen Especial; y, de otro lado, al calificar a la actora como «*trabajadora subordinada*» y, por tanto, enmarcar su prestación de servicios en el ámbito del artículo 1.1 del TRET, no se repara en una circunstancia apriorística: *del vínculo matrimonial se derivan unas consecuencias jurídicas de diversa índole* que, contempladas por distintas disciplinas de nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente regula el Derecho Común. En el caso debatido, el artículo 7.2 del TRLGSS preveía, en su redacción original, dicha circunstancia como causa de exclusión, *ope legis*, del RGSS y, simultáneamente, toda vez que reunía los requisitos para su inclusión obligatoria en el RETA, resultaba procedente su alta en este último Régimen Especial, en los términos que establece la STS, Sala 3.ª, de 28-12-1994.

Según dicha argumentación, no sólo no podría entenderse la sistemática negación por el TC de la frecuente invocación del precepto al entenderse éste vulnerado por la distinta protección otorgada a los trabajadores comprendidos en el RGSS y en los demás Regímenes Especiales ⁶¹, sino que

⁶¹ Vid. entre otras, la STC 103/84, de 12 de noviembre, de la que fue ponente TOMÁS Y VALIENTE (FD 4.º), donde se dice: «... Pero la propia enunciación del argumento excluye la posibilidad de apreciar la discriminación denunciada, pues se quiere comparar el tratamiento jurídico de situaciones diferentes, como son aquellas generales en distintos sistemas de protección, regulados por distinta normativa y sometidas a condiciones y requisitos diversificados...». Asimismo, vid. las SSTC 128/84, de 29 de febrero, 460/84, de 18 de julio, 39/92, de 30 de marzo y 184/93, de 31 de mayo (Boletín de Jurisprudencia Constitucional, BCG).

hasta el mismo principio constitucional de protección a la familia (art. 39 CE) podría resultar discriminatorio respecto a las tan debatidas «*situaciones familiares de hecho*», frecuentemente esgrimidas en cuestiones litigiosas de índole prestacional y, asimismo, desestimadas por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, cabe subrayar que, en la Sentencia que analizamos, *el TC se aparta de los criterios igualitarios seguidos de manera invariable en su doctrina*⁶², toda vez que no se tiene en cuenta en el caso examinado la inexistencia del *término válido de comparación* sobre el que ha de producirse el trato discriminatorio.

A este respecto, el propio Tribunal dice en su en su FD 3.º: «Ciertamente, la concurrencia de una relación laboral con otra de carácter familiar permite al legislador el establecimiento de particularidades en el régimen de esta última sin que, por esta sola circunstancia, se viole el derecho a la igualdad. Como ya se dijo en la STC 109/1988, "no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes que permitan una comparación". Y ello, en atención a que la existencia de relaciones familiares puede evidenciar una "diferente situación real" entre los unidos por tales vínculos y los que no lo están».

Y, más adelante, la STC 2/1992 señala: «Se hace preciso además examinar la finalidad perseguida por la norma diferenciadora para comprobar si esta última es proporcionada a aquella o, por el contrario, excede de lo razonable. Así, las SSTC 79/1991 y 92/1991 han excluido que toda diferencia de trato en materia de Seguridad Social basada en las relaciones de tipo familiar existentes entre empresario y trabajador resulte conforme a las exigencias del principio de igualdad. Por el contrario, ambas han insistido en que la relación familiar subyacente sólo permite justificar aquellas diferencias que resulten razonables **a la luz del conjunto del ordenamiento**».

⁶² El criterio igualitario seguido por el Tribunal Constitucional al desarrollar el mandato contenido en el artículo 14 CE, partiendo de la distinción fundamental entre la vulneración del mismo en situaciones de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (STC 209/1987, de 22 de diciembre) y, asimismo, del «principio de autonomía de la voluntad» (SSTC 177/1988 y 108/1989, entre otras) cuya eficacia viene determinada por el ordenamiento laboral que, desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, «no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto», ofrece dos garantías concurrentes: **la de igualdad en la ley y la de igualdad ante la ley**. Pues bien, la preocupación del TC por diferenciar ambos conceptos es constante (SSTC 49/82, 59/82, 75/83, 6/84, 23/84, 144/88, 76/90 y 177/93, entre otras).

En efecto, la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 68/1989, de 19 de abril, resume dicha doctrina relativa al principio de igualdad con el siguiente tenor literal: «No toda desigualdad de trato en la Ley o en la aplicación de la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezca de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad jurídica exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnados dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable. **A efectos de aquella primera comprobación es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 de la Constitución aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato**» (SSTC 81/82, de 21 de diciembre y 34/84, de 9 de marzo).

Asimismo, «...el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador». (Vid. entre otras, SSTC 209/1987, 144/1988, 20 y 70/1991, 28/1992, 110 y 177/1993, 63/1994).

Como conclusión a esta reseña interpretativa creemos que, como en el caso debatido en la STC 39/92, de 30 de marzo ⁶³, lo que realmente pretende compararse es la situación que la demandante tenía antes de contraer matrimonio, es decir, **la demandante se está comparando consigo misma antes y después de producirse un cambio en su estado civil**, pero ello no es tanto una cuestión de igualdad como una consecuencia jurídica derivada de un acto libremente elegido, por lo que, en cualquier caso, la diferencia de trato vendría justificada por razones objetivas, derivadas del hecho «...de que los supuestos comparados vengan sometidos a regímenes jurídicos distintos» (STC 137/87).

Si bien podemos entender que el Alto Tribunal, en la sentencia examinada, haya podido conceder al principio de igualdad en la ley la misma e inequívoca interpretación que ha dado al principio de universalidad de nuestro sistema de protección social, ello no significa que el mandato deba aplicarse como otorgamiento de las mismas prestaciones a todos los sujetos del sistema, pues como se afirma en un pronunciamiento posterior: «...La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, **pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico...**». (STC 184/93, de 31 de mayo).

2.2. Insuficiencias normativas y criterios jurisprudenciales en torno a los trabajos familiares.

Según hemos apuntado, una consolidada doctrina ha establecido, *por una parte*, que la inclusión de un sujeto en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social no es indicio relevante de su inclusión en el Derecho del Trabajo, y al contrario, que la mera comunicación de alta en Seguridad Social en un determinado Régimen de la Seguridad Social no predetermina la existencia de una relación laboral; y, *por otra parte*, que el contenido material de los contratos y el conjunto de prestaciones y contraprestaciones que en él se pacten debe prevalecer frente a la denominación que quieran otorgarle las partes, con mayor motivo si cabe en las relaciones de prestación de servicios que puedan establecerse entre personas vinculadas por vía parental ⁶⁴.

En principio, existe a nuestro juicio una clara contradicción en el hecho de dejar pender el acceso al ámbito laboral de estos últimos únicamente mediante la prueba del carácter remunerado de dichas relaciones, al tiempo que refuerza el inicial recelo del precepto contenido en el artículo 1.3 e) del TRET que las excluye, «con toda seguridad porque el contrato no es de trabajo, al difuminarse hasta desaparecer la ajenidad, subsumida en el complejo de relaciones familiares» ⁶⁵.

⁶³ El amparo solicitado plantea posible vulneración del artículo 14 CE por la cotización por la contingencia de asistencia sanitaria en el RGSS y en el RETA como consecuencia de pluriactividad, respecto de aquellos trabajadores en situación de pluriempleo.

⁶⁴ En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo considera que no hay ajenidad en el «trabajo como... integrante de las obligaciones culturales, sociales y económicas de la vida familiar».

⁶⁵ ALONSO OLEA, M.: «Instituciones de Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 56. Asimismo, *vid.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, E.: «Derecho del Trabajo», 13.^a edic., UCM, Madrid, 1993, pág. 55 y ss.

Es decir, si el negocio jurídico en virtud del cual se opera el traspaso del resultado de un trabajo de quien lo hace al patrimonio de persona distinta ⁶⁶, ello no se materializa en el supuesto del trabajo familiar desde el momento en que aquel resultado se destina a «**un fondo social o familiar común**», resultando por tanto la demostración de la «*prueba diabólica*» de la mediación de salario en la relación (SALA FRANCO) un mero requisito formal ⁶⁷, si bien debe tenerse en cuenta la forma jurídica que adopte la empresa familiar, pudiéndose acudir a la *doctrina del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica* en el supuesto de que ésta adopte una forma societaria ⁶⁸.

En definitiva, la razón de dichos «trabajos» familiares constituyen un vínculo de distinta naturaleza al estrictamente laboral, pues como señala la STS de 27 de octubre de 1990 (RJ 7720), «*falta la nota de ajenidad... que no cabe apreciar cuando los frutos o resultados (del trabajo prestado) se destinan a un fondo social o familiar común*», con la que reaparece el término *fondo social*, que ha sido interpretado, «*...probablemente para apartar tanto el trabajo familiar como el societario*»⁶⁹.

Buena prueba del recelo o desconfianza que suscita la «laborización» de los trabajos familiares, sobre todo de los cónyuges y en el ámbito prestacional, singularmente en materia de desempleo, son algunos pronunciamientos de nuestros tribunales donde, a título *ad exemplum*, bien **se confirma el criterio contrario al otorgamiento de la prestación de desempleo cuando entre empresario y trabajador hay vínculo uxorio, no siendo bastante para alzar la presunción de «extralaboralidad» del artículo 13 e) la sola existencia del régimen matrimonial de separación de bienes**, sin existir otros elementos, como se señala, la circunstancia de «*una larga duración en condiciones de alta en la Seguridad Social*» (SSTSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 31-1-1994, RJ 459; y 10-9-1996, RJ 997) ⁷⁰; bien la reconducción a la figura civil de la «**sociedad conyugal**» (integrada por los cónyuges y administrada conjuntamente por ambos, según previene el artículo 1.375 del CC), para denegar las prestaciones por desempleo cuando la sociedad conyugal sea pro-

⁶⁶ Vid. la teoría de «la ajenidad en la titularidad en la organización»: ALBIOL MONTESINOS, I.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», CCDT, n.º 1, 1971, pág. 41, según la cual «*...el trabajador presta sus servicios trabajando sobre materiales o utilizando cosas o instrumentos cuya titularidad no le pertenece*», explicándose **la incorporación del resultado material del trabajo al patrimonio del titular efectivo**.

⁶⁷ Vid. STS de 12-7-86 donde, con referencia a la aportación de recibos de salarios para acreditar la existencia de relación laboral, se establece «*su falta de efectividad a los fines perseguidos ... ya que no pueden acreditar extremos que exigen una prueba completa y acabada de los hechos cuya inserción se inserta...*».

⁶⁸ Vid. más adelante, el apartado dedicado al encuadramiento de los socios y administradores de las sociedades de capital, relativo al alcance del término «**control efectivo**» de la sociedad, introducido por la disposición adicional 27.ª TRLGSS [apartado 1 c)], introducida por la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

⁶⁹ ALONSO OLEA, M.: «Instituciones de Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 56. Indica el autor que también la jurisprudencia excluye a las relaciones de convivencia extramarital «de tipo sentimental», o de «noviazgo, cuasi familiar», o de convivencia *more uxorio* de hombre y mujer. (STCT de 13 y 17-1-89, RJ 567 y 578). Asimismo, señala como frecuente e interesante en cuanto al carácter familiar o no del trabajo «la jurisprudencia dictada sobre la Ley de Seguridad Social agraria, con arreglo a la cual, en líneas generales, quien trabaja en comunidad familiar ha de ser afiliado como trabajador autónomo y no como trabajador por cuenta ajena».

⁷⁰ AL, núm. 8/17-23 de febrero de 1997, págs. 53-54.

pietaria del 50% del capital social y, por tanto, «con una posición preeminente de la mercantil, incluso hecha abstracción de la condición de administrador solidario del marido, que le permite ejercer un perfecto control sobre las decisiones sociales que, por el juego de la regla de la mayoría, no pueden adoptarse sin su consentimiento» (STSJ de Murcia, de 29-4-1996, RJ 1354) ⁷¹.

En esta línea de «*fondo familiar común*» se mueve también la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 11-4-1997 (J 838), declarándose improcedente el encuadramiento del actor en el RGSS, quien posee el 30% de las participaciones sociales de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, otro 30% es detenido por su esposa, y los hijos, el resto de participaciones, siendo además el actor y su esposa los dos accionistas mayoritarios además de administradores con carácter solidario e indistinto.

Sin embargo, la orientación jurisprudencial predominante viene marcada por la impronta de la STC 2/1992. En efecto, como exponente de esta doctrina proclive al reconocimiento de las prestaciones por desempleo de familiares vinculados contractualmente a la empresa de carácter familiar, subrayaremos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.^a), de 19 de octubre de 1994, **dictada en Unificación de Doctrina**, que establece el derecho a las prestaciones por desempleo del hijo de los titulares de una empresa (sociedad conyugal poseedora del 75% de las participaciones) que a su vez participa en un 20% del capital social, y sigue siendo un referente procesal de contradicción o contraste invocado en otras sentencias recurridas, si bien ésta, según advierte el propio Tribunal, ha de interpretarse con carácter restrictivo.

Continuando este criterio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 558), declara la inadmisibilidad del recurso por falta de contradicción con la sentencia anteriormente citada, afirmando que la diversidad de supuestos de hecho contemplados justifican también las distintas soluciones adoptadas, pues en la primera concurrían las siguientes circunstancias fácticas: una prestación de servicios continuada (de 2-1-1986 a 1-6-1990); la existencia de un expediente de regulación de empleo autorizándose a rescindir la relación laboral del demandante y, consiguientemente, el reconocimiento de la autoridad laboral sobre la naturaleza de los servicios prestados a la empresa mediante resolución firme, por lo que no cabe que con posterioridad el INEM deniegue la prestación.

Por contra, en el supuesto debatido por esta otra, la actora, tras cesar en una empresa en la que figuraba como única trabajadora de alta (mediante contrato temporal, poseyendo el 34% del capital social y siendo administradora única su madre), celebra otro contrato temporal con una empresa constituida y participada por sus padres al 50%, cesando a los 26 días desde su concertación.

Asimismo, tampoco aprecia contradicción la Sala en su Sentencia de 19 de mayo de 1997 (J 962), fundamentando esta vez la exclusión del derecho a las prestaciones en la pertenencia al órgano de administración del recurrente, considerando irrelevante su calidad de socio poseedor del 25% de las participaciones sociales.

⁷¹ AL, núm. 39/21-27 de octubre de 1996, págs. 361-362.

Como confirmación de la doctrina que continúa el marchamo dejado por la mencionada de 19 de octubre de 1994, cabe mencionar la STS de 25 de noviembre de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 1503), donde se establece que no cabe la exclusión de la prestación por desempleo en base al parentesco con titulares de la sociedad o por la titularidad de una mínima parte de las acciones.

En esta última el actor, que aportó como sentencia de contraste la del TSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 1991, era titular del 10% de las acciones de la sociedad a la que había prestado sus servicios de la que, su madre tenía otro 35% y su padre ostentaba el cargo de administrador único. Al propio tiempo el demandado convivía en el domicilio familiar. El Tribunal afirma que el «tema ya fue resuelto por la Sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1994», y, tras remitirse a las SSTC 79/1991 y 2/1992, afirma que, «en el caso enjuiciado, la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45% del capital social, **lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común**».

Teniendo en cuenta el «intenso vínculo» que aparece presente en las relaciones familiares, paralelamente, la «intensidad» del fenómeno se ve coadyuvada por otros pronunciamientos que, lógicamente de modo involuntario, reduplican los efectos de la ya consabida tendencia a adherirse al régimen prestacional más favorable para el trabajador del ámbito laboral.

Como ejemplo de esta orientación, citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª), de 14 de julio de 1994, **en Unificación de Doctrina**, donde se concluye que el apartado c) del RD 625/1985, de 2 de abril (acreditación de la situación legal de desempleo mediante acta de conciliación administrativa o judicial en la que se reconozca la improcedencia del despido), «ha de ser necesariamente interpretado de forma extensiva, de modo que el mismo se aplique, por vía analógica, a las conciliaciones administrativas o judiciales acordadas en los casos de resolución del contrato por voluntad del trabajador basada en el artículo 50 del TRET».

Resulta sumamente reveladora la consideración del Tribunal en el punto 3 de su FD 3.º, cuando dice que «ni siquiera cabe pensar que la solución que aquí se mantiene, determine un incremento apreciable de los casos de fraude en la obtención del derecho a la prestación por desempleo, pues tales casos se dan con excesiva frecuencia en la actualidad mediante el sistema de aparentar la existencia de despido cuando en realidad hay un cese aceptado por ambas partes, y a tal sistema se seguirá acudiendo, por desgracia, aunque se adoptase aquí una solución distinta a la que se propugna».

Es posible pensar que si el propio Tribunal admite la frecuencia de situaciones de fraude por estas vías, actualmente incrementada por el especial régimen de los despidos fundamentados en causas objetivas, con las modificaciones operadas a raíz de la reforma laboral, la especial e «intensa» vinculación que une a los trabajadores familiares no habrá incrementado el porcentaje de fraude.

En cualquier caso no logra entenderse cómo, si bien para el abono por el FOGASA de las indemnizaciones correspondientes por extinción de contratos se exige sentencia judicial o resolución de la autoridad laboral ⁷², o asimismo en los procesos por despido de los socios en las Cooperativas, donde el nexo de unión es más laxo, ***baste sin embargo la presentación de acta de conciliación administrativa o judicial para acceder a las prestaciones por desempleo*** por parte de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en sociedades mercantiles, personalistas o capitalistas, o en sociedades civiles irregulares o comunidades de bienes, incluso en Sociedades Anónimas de carácter laboral.

A este respecto, podríamos preguntarnos por los efectos que comportaría la introducción en la norma de esta simple exigencia cautelar para el acceso a dichas prestaciones: ***una sentencia judicial firme por despido*** que, en el supuesto de trabajos familiares, sobre todo de aquellos unidos por vínculo de primer grado, debería ir acompañada además del elemento o circunstancia apuntada por nuestros tribunales para el cónyuge del empresario, referida a «**una larga duración en condiciones de alta en Seguridad Social**» (SSTSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 31-1-1994 y 10-9-1996, AL 459, 997) es decir, ***la existencia de un contrato de carácter indefinido***. Claro está, dicha medida no podría incurrir en las discriminaciones vedadas por el artículo 14 de la CE, si bien creemos que la argumentación esgrimida en este sentido al analizar la STC 2/1992 es perfectamente válida y reconducible a esta hipótesis.

En todo caso, creemos que la solución a las interrogantes planteadas pasa por una necesaria búsqueda o relocalización de la norma, o incluso su misma «recreación», adecuando ésta a las mismas interpretaciones jurisprudenciales que, según lo visto y aunque involuntariamente, posibilitan el desarrollo de equívocas conductas o prácticas.

A este fin, una vez explicitados los conceptos de «**fondo social o familiar común**», así como el de «**sociedad conyugal**», trataremos de ampliar las categorías conceptuales que permitan sustentar nuestra tesis, al tiempo que buscaremos la ubicación de la norma concreta donde se halla localizada la necesaria previsión o cautela que, de modo abstracto, creó el legislador en evitación del resultado contrario al ordenamiento que ponemos a examen.

Como telón de fondo en nuestra búsqueda, debemos acudir a la STS de 25 de febrero de 1997 (Sala 3.^a) (J 286), donde, al tiempo que se nos ofrece una preclara explicación de la sustancial diferencia entre distintos ordenamientos, aporta a nuestro análisis una distinción básica entre las nociones de «**unidad económica**» y «**unidad empleadora**» de empresa en los siguientes términos: «La realidad económica de la empresa al entrar en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad (la STC 2/92 reclama la unidad del ordenamiento jurídico). Y así mientras que el Derecho Mercantil se centra o fija sobre todo en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia que la empresa persigue, en cambio al Derecho del Trabajo lo que interesa es la condición de empleadora que la misma tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización».

⁷² Vid. SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid, de 4-9-1997 (J 1315), y de Extremadura, de 12-6-1997 (J 1129).

Más adelante, tras dar una definición de empresario incardinando los artículos 1 y 2 del TRET y, curiosamente, el artículo 4 de la OM 28-12-1966, señala: «Quiere ello decir que, a efectos del cumplimiento de las obligaciones en el Régimen General de la Seguridad Social la empresa se concibe no tanto como unidad económica dirigida a la obtención de unos beneficios o lucro -en cuyo caso de ser éstos inexistentes, puede dar lugar a como tales ser declarados ante la Hacienda Pública a los efectos del cumplimiento de las obligaciones fiscales-, cuanto como unidad empleadora, esto es, como persona física o jurídica obligada a afiliarse y cotizar por la persona o personas de quien recibe la prestación de servicios por cuenta ajena».

Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 487), establece el concepto de «**unidad económica de convivencia**», estableciendo con el carácter de regla «que, como integrantes de la unidad económica de convivencia deben computarse todas aquellas personas que **convivan efectivamente** con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia... siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario por matrimonio o por lazos de parentesco o consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado...».

En esta línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 1276), se establece el concepto de «**responsabilidades familiares**» y de «**unidad familiar**» a efectos del subsidio de desempleo, no excluyéndose a los hijos privativos de uno de los cónyuges ⁷³.

Por contra, en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de junio de 1997 (J 1124) se deniega el subsidio por desempleo a una solicitante, por cuanto su hija menor percibe una pensión alimenticia superior al 75% del SMI ⁷⁴, al contrario del pronunciamiento expresado en la STS de 20 de octubre de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (RJ 1416) ⁷⁵, declarando no procedente la

⁷³ En esta Sentencia, se afirma que la interpretación del concepto de «responsabilidades familiares» debe efectuarse en relación con los de «**unidad familiar**» y «**tener a cargo**», donde no cabe entender que el hijo privativo del cónyuge no esté «a cargo» de la solicitante, si convive con ella en el seno de la nueva unidad familiar, pues aunque se prescindiera de los presumibles aspectos de participación y ayuda en su formación y cuidado, los gastos que origina tal hijo, repercuten, directa o indirectamente, en la economía de la unidad familiar, ya que, como mínimo y **con independencia incluso del régimen económico matrimonial, merman necesariamente y por imperativo legal el importe de las aportaciones que puede efectuar al sostenimiento de la unidad familiar el progenitor con el que conviven que está obligado a alimentarlo en la máxima extensión legal dada la relación parental que les une** (argumento *ex* artículos 142, 143.2, 146 y 147 del Código Civil). A *sensu contrario*, podría interpretarse que los ingresos de los miembros de la unidad familiar repercuten positivamente sobre la economía de ésta.

⁷⁴ La solución dada por el tribunal se fundamenta en el siguiente argumento: «el artículo 90 del Código Civil, que regula las consecuencias del Convenio Regulador previo a la separación o al divorcio, establece en su apartado c) la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio y los alimentos que han de satisfacer a los hijos comunes, lo que se repite en el artículo 93 del mencionado Código Civil, siendo ello así la cantidad que mensualmente entrega el marido de la actora para satisfacer los alimentos de su hija común, tiene el carácter de pensión a los efectos de la obtención por la accionante del subsidio por desempleo: a la actora no se le puede conceder el subsidio por tener responsabilidades familiares, ya que su hija menor no está a su cargo al percibir una pensión alimenticia de 50.000 pesetas mensuales, que es superior al 75% del SMI».

⁷⁵ Publicada en AL, n.º 3, 19-25 de enero de 1998, pág. G-270.

denegación del subsidio por desempleo al computar el INEM como ingreso la pensión de orfandad que percibe el hijo de la solicitante, a efectos de considerar que tiene rentas superiores al 75% del SMI, estimando que no pueden integrarse las rentas de cualquier naturaleza la pensión que percibe el hijo al ser éste exclusivo titular de la misma, siendo su madre mera administradora, de acuerdo con la regulación civil.

Una vez analizadas las categorías conceptuales aportadas por la jurisprudencia, trataremos de localizar la norma concreta que nos permita sostener nuestra tesis. En esta búsqueda, hemos hallado en primer lugar la figura del «*colaborador autónomo*», prevista en el artículo 3 b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, **que regula el Régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos**, en la que se comprenden aquellos familiares de los trabajadores autónomos que, «*de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto de aquéllos*».

Dicha figura, situada en el extremo opuesto del trabajador familiar cuya condición «*asalariada*» le permite entrar en el RGSS, se halla un tanto devaluada por no encajar muy bien su régimen en el esquema empresarial con forma jurídica societaria, puesto que, por principio, y así lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, la empresa persona jurídica es distinta de los socios que la integran y de las personas que en ella prestan sus servicios.

Pensada esta institución más bien para el marco configurador del «empresario autónomo», hemos visto además cómo razones de índole diversa, fundamentalmente fiscales, han operado un incremento considerable de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, tal y como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regula las mismas.

En este sentido, convendrá reseñar la Directiva Comunitaria 86/613, de 11 de diciembre de 1986, «*sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad*», cuyos aspectos más significativos son:

- 1.º La extensión del campo de aplicación personal o subjetivo del principio a los trabajadores autónomos y a sus cónyuges sin estatuto profesional (art. 1).
- 2.º La superación del ámbito material o funcional restringido a las relaciones laborales y de seguridad social, que se amplía a:
 - a) «La creación, la instalación o la ampliación de una empresa o al inicio o a la extensión de cualquier otra forma de actividad...» (art. 4); y
 - b) «La constitución de sociedades entre esposos» (art. 5).

3.º La propuesta a los Estados miembros para que examinen las condiciones en que puede favorecerse el reconocimiento del trabajo aportado por los cónyuges «no asalariados, ni asociados que participan de manera habitual y en las condiciones previstas por el Derecho nacional, en la actividad del trabajador autónomo, efectuando bien las mismas tareas, bien tareas complementarias» (art. 7).

En cualquier caso, creemos que la figura del «*colaborador autónomo*», si bien con la necesaria adecuación a la realidad apuntada, está llamada a jugar un papel importante en un futuro no muy lejano tras las medidas legislativas introducidas por la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, concretamente en lo referente a la inclusión obligatoria en el RETA de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, cuyos términos analizaremos en profundidad en el apartado siguiente.

No obstante, si creemos que era una buena ocasión para regular dicha figura en esta disposición de rango legal (disposición adicional 27.ª TRLGSS), el legislador *no hace referencia alguna en ella al encuadramiento aplicable, ante una eventual prestación de servicios, a los familiares no socios de las personas cuya condición orgánico-societaria se ha visto finalmente excluida del ámbito laboral.*

Y si debemos entender con ello que, consecuentemente, el régimen aplicable a dichos trabajos continúa siendo el regulado en el artículo 1.3 e) del TRET, ya examinado, no debemos dejar pasar la oportunidad que la publicación de dicha norma nos brinda para poner de manifiesto la «anomia legislativa» y la «desorganización» jurídica que existe en esta materia, toda vez que la introducción del término «*control efectivo*» de la sociedad (que sirve para excluir del *ager* laboral, *iuris et de iure*, al socio trabajador mayoritario o asimismo, *iuris tantum*, entre otras circunstancias concurrentes, al trabajador cuyo cónyuge y familiares hasta el 2.º grado posean al menos el 50% del capital social), no es más que un sinónimo de la expresión «*dominio de la voluntad social*», tan reiteradamente utilizada por la jurisprudencia que excusa de cita concreta, para resolver desfavorablemente o no litigios suscitados a este respecto en el ámbito prestacional del RGSS (fundamentalmente desempleo).

Junto a la figura del «*colaborador autónomo*», hemos localizado asimismo un precepto que, si bien no puede incluirse dentro del denominado «*derecho fantasmal*» al hallarse plenamente vigente, sí puede calificarse de residual, habida cuenta de su práctica inaplicabilidad. Nos referimos al artículo 20 de la OM de 28-12-1966, sobre afiliación y cotización al Régimen General de la Seguridad Social, donde se halla prevista la obligación por parte del empresario de acompañar, junto a la comunicación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, declaración de éste y «de aquellos familiares que tengan la condición de asalariados, haciéndose constar las circunstancias que acrediten dicha condición, incluyéndose necesariamente los datos de categoría, puesto, forma y cuantía de la retribución, horario y **cuantos otros sean precisos al efecto**».

Sin apenas cambios en su redacción, el precepto también se halla contemplado en el artículo 40 del RD 84/1996, de 26 de enero, del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, si bien éste se refiere tanto a los familiares del empresario como del trabajador autónomo, así como a los socios de sociedades colectivas, a los socios colectivos de sociedades comanditarias y a los de determinadas sociedades cooperativas, añadiéndose a la lista no cerrada de la mencionada declaración la del «*centro de trabajo*» donde se presten servicios y extendiéndose dicha obligación, además de los familiares del empresario que reúnan los requisitos para su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del RGSS, también para los Regímenes Especiales Agrario, de Empleados de Hogar, de los Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón, pudiendo requerirse al efecto, por la TGSS, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otra parte, en el apartado 2 de dicho precepto se establece «la responsabilidad subsidiaria del trabajador autónomo que sea titular de la explotación, del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y comunicación de variaciones de datos de los familiares que, por realizar una actividad en la misma, estén comprendidos en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario, Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos y Régimen Especial de los Trabajadores del Mar».

El cumplimiento de la obligación por parte del empresario y sus familiares de aportar dicha declaración debería, a nuestro juicio, adquirir tintes de auténtica **declaración jurada**, y no de mero trámite caído en desuso, presumiblemente por razones de economía administrativa, lo que no deja de resultar sorprendente dada la trascendencia del problema. En este sentido y, teniendo en cuenta que la lista de datos que debe recoger dicha declaración no es cerrada, creemos del todo necesario que a ésta se añadieran otros que, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente indicados, pudieran deducirse como imprescindibles, sobre todo aquellos aspectos de índole económica y tributaria cuya relevancia ya ha sido puesta de manifiesto y que, sin embargo, dichos preceptos no contemplan.

Ahora bien, resulta claro que, por una parte, la libertad de forma existente respecto del contrato de trabajo y, por otra, la no ubicación de dichos preceptos en norma de adecuado rango, así como la falta de previsión acerca de las consecuencias jurídicas de su inobservancia, impide dotar a éstos de trascendencia jurídica.

En cualquier caso, sería deseable la articulación de un procedimiento que asignase mayor relevancia jurídica a dichas normas. Si ello fuese así y, sin perjuicio de la incidencia que pudiese tener **la doctrina de los actos propios** en estos supuestos, no resultaría del todo aventurado pronosticar que, la exigencia y aportación efectiva de dichos datos por el empresario y el familiar contratado, junto a la comunicación de alta de este último, sin predeterminedar en absoluto la existencia de una relación laboral, sí evitaría en buena medida las numerosas cuestiones litigiosas que se suscitan mayoritariamente en el ámbito prestacional de la Seguridad Social, cuando no las posibles vías de fraude que, según se ha visto, apuntan en esta dirección.

2.3. *La peculiar caracterización de los trabajos familiares en el Ordenamiento Tributario: el sistema impositivo de estimación objetiva por «Módulos».*

Según hemos visto en apartados anteriores, la tendencia «natural» hacia el régimen de prestaciones más favorable del trabajo por cuenta ajena, junto a la ausencia o ambigüedad de una legislación tuitiva que articule adecuadamente esta forma de trabajo con la introducción de mayores cauteles, pueden haber posibilitado el desarrollo de un ancho segmento de fraude en la órbita prestacional de la Seguridad Social, cuando no la aplicación irracional de la norma jurídica concreta.

En esta tesitura, **la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sus Reglamentos de desarrollo y demás normas concordantes**⁷⁶, ha venido a introducir un nuevo elemento distorsionador en la ordenación de las relaciones jurídicas que estudiamos, colisionando frontalmente no sólo con normas básicas que configuran nuestros ordenamientos laboral y de Seguridad Social, sino mucho nos tememos y aunque se materialice de forma indirecta, con la propia política de creación de empleo.

Efectivamente, el artículo 43 de la LIRPF, donde se regula la «*individualización de los rendimientos de las actividades empresariales o profesionales*», establece en su apartado segundo:

«Cuando resulte debidamente acreditado, existiendo el oportuno contrato laboral y la afiliación al régimen correspondiente de la Seguridad Social, que el cónyuge o los hijos menores del sujeto pasivo que convivan con él, trabajan habitualmente y con continuidad en las actividades empresariales o profesionales desarrolladas por el mismo, se deducirán, para la determinación de los rendimientos, las retribuciones estipuladas con cada uno de ellos, siempre que no sean superiores a las del mercado correspondientes a su cualificación profesional y trabajo desempeñado. Dichas cantidades se considerarán obtenidas por el cónyuge o los hijos menores, en concepto de rendimientos del trabajo, a todos los efectos tributarios».

Por su parte, el artículo 68 de la LIRPF, que regula «*los Regímenes de determinación de la base imponible*», establece en su letra c), entre otros, el de «**Estimación indirecta**», de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47, 50 y 51 de la Ley General Tributaria. En este régimen se tendrán en cuenta preferentemente los *signos, índices, módulos o coeficientes* establecidos para la estimación objetiva, especificándose en el artículo 69 de la LIRPF los criterios para la estimación objetiva de los rendimientos, cuyo apartado 1 b) incluye expresamente, según las actividades, el módulo del volumen de operaciones, **número de trabajadores**, importe de las compras, superficie de las

⁷⁶ La normativa fundamental sobre esta materia se halla contenida en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 7 de junio); en el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 31 de diciembre), y en las Órdenes dictadas anualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda (OO.MM. de 28 de noviembre de 1995 y de 27 de noviembre de 1996, aplicables respectivamente a los ejercicios de 1996 y 1997).

explotaciones o los activos fijos utilizados, aspectos desarrollados en el título IV del RIRPF y que anualmente dicta, mediante Orden Ministerial, el Ministerio de Economía y Hacienda, dedicando su capítulo II a relacionar las actividades sujetas a este sistema de determinación de la base imponible.

A título de ejemplo, hemos seleccionado como supuesto práctico el de «**LA ACTIVIDAD DE CAFETERÍA**», cuyos *módulos* para el ejercicio de 1996 eran los siguientes:

EPÍGRAFE DEL IMPUESTO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: 672.1, 2 Y 3

MÓDULO	DEFINICIÓN	UNIDAD	RENDIMIENTO ANUAL POR UNIDAD
1	<i>Personal asalariado</i>	Persona	205.000
2	<i>Personal no asalariado</i>	Persona	1.948.000
3	Potencia eléctrica	Kw. Contratado	68.000
4	Mesas	Mesa	54.000
5	Máquinas tipo A	Máquina tipo A	149.000
6	Máquinas tipo B	Máquina tipo B	583.000

Una simple lectura del cuadro anterior respecto del rendimiento estimado según se trate de personal *asalariado* (**205.000 pesetas anuales por persona**) o *no asalariado* (**1.948.000 pesetas anuales por persona**), permite constatar un hecho incontestable: *el coste fiscal* de un establecimiento dedicado a la actividad de «CAFETERÍA», *relativo a personas no asalariadas* que presten sus servicios de manera habitual y continuada en el mismo, *es exorbitantemente superior al correspondiente a las personas asalariadas que presten en el mismo sus servicios por cuenta ajena*.

Junto a este dato general, resulta necesario asimismo introducir otros elementos para una mejor comprensión del alcance del problema. En este sentido hay que destacar el término de «*magnitud máxima*» que, en síntesis, es el límite máximo de unidades permitidas por módulo para poder acogerse a este régimen fiscal. (En el supuesto práctico que hemos elegido, el número máximo permitido de personas que trabajen en el establecimiento es el de 8 empleados).

Por otra parte, cabe señalar la existencia de otras especialidades que reforzarán nuestra tesis, entre las que destacaremos una fundamental, cual es la consistente en «penalizar» la utilización de los servicios de una tercera persona además del titular y su cónyuge. En efecto, si bien se establece una reducción del 50 % en el módulo correspondiente al cónyuge no asalariado del titular, la contratación de otra persona, «asalariada o no», supone la pérdida de esa reducción, aplicándose el módulo completo a la persona o personas que presten sus servicios sin tener la condición de asalariados⁷⁷.

⁷⁷ Resulta muy gráfico observar que en los manuales prácticos publicados por la Agencia Tributaria, como ejemplos utilizados para la mejor comprensión de este régimen fiscal, se plantean supuestos como el que sigue: «2.º.- Además, en el restaurante, ha trabajado el titular de la actividad 280 días anuales con un promedio de 10 horas diarias. Durante los

Con ello queremos decir que, no obstante el gravamen más elevado que comportan las cotizaciones sociales establecidas para el RGSS respecto del RETA, la presión fiscal que el régimen analizado representa para las pequeñas empresas de nuestro país (en torno al 80% del total) ha de incitar a éstas, inevitablemente, **a articular relaciones laborales con los propios familiares mediante la simple formalización de un contrato de trabajo y el alta respectiva en Seguridad Social**, únicos requisitos exigidos por la Agencia Tributaria cuyo carácter formal, hemos de insistir, no predetermina la existencia de una relación laboral, según tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia.

A este respecto cabe destacar que la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan **incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo**, establece en el punto 4 de su artículo 3 que las conversiones en indefinidos de contratos celebrados durante los 24 meses siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, **no se computarán como personas asalariadas** durante los 24 meses siguientes a dicha transformación «a efectos de determinar el rendimiento neto de las actividades a las que resulte aplicable y por las que no se haya renunciado a la modalidad de signos, índices o módulos del método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas»⁷⁸.

Finalmente, señalaremos que dicho régimen fiscal puede comportar, en la práctica, toda una serie de efectos negativos sobre el sistema de Seguridad Social que pueden cifrarse en las siguientes **hipótesis concurrentes**:

Primera. A aquellas empresas cuyas actividades y volumen de rendimiento les resulte de aplicación el sistema impositivo que venimos analizando tenderán, en buena lógica, a constituirse en Sociedades de Responsabilidad Limitada (pluripersonales o unipersonales), de ínfimo capital social (infracapitalizadas). Y, si bien dicha hipotética opción puede obedecer a legítimas razones de índole diversa (propia de fiscales, evitación de riesgos frente a terceros, etc.), no es menos cierto que, en el aspecto que aquí nos interesa, la figura empresarial así configurada se acomodará mejor a las contrataciones de familiares que la del «empresario autónomo», toda vez que, en principio, la persona jurídica societaria es distinta de la de sus socios, o de la del único socio en las de carácter unipersonal.

Segunda. La tendencia a declarar en este régimen fiscal al cónyuge del titular de la actividad como persona no asalariada, sin comunicar de modo paralelo el alta correspondiente en Seguridad Social.

meses de julio y agosto su esposa ha trabajado 6 horas diarias todos los fines de semana (sábados y domingos), **sin que exista contrato laboral ni afiliación al Régimen General de la Seguridad Social** (el subrayado es nuestro)...». Como solución al cálculo del total de personas no asalariadas se consigna lo siguiente: Titular (280 por 10) = 2.800 horas = 1 persona; Esposa (16 por 6/1800) = 0,0533 personas, correspondiendo el divisor de 1800 a la constante establecida como número de horas efectivas trabajadas al año en defecto de convenio colectivo, siendo por tanto el número de personas no asalariadas en el establecimiento el de 1,05 personas (Fuente: Manual práctico de «Módulos» para el ejercicio de 1996, publicado por la Agencia Tributaria, págs. 25-26).

⁷⁸ Este grupo de medidas fiscales continúa el iniciado por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, relativas al fomento del empleo por tiempo indefinido.

Tercera. La penalización fiscal que supone la contratación de una persona, asalariada o no, por el titular autónomo además del cónyuge, puede incidir negativamente en el capítulo de creación de empleo o aumentar el alto índice de economía sumergida estimado en nuestro país, puesto de manifiesto en el reciente informe de la OIT.

En definitiva, la «simulación» o «creación artificial» de contrataciones laborales entre familiares, paradójicamente coadyuvada por la fuerte presión fiscal existente en el régimen de trabajo autónomo familiar, que el ordenamiento laboral podría considerar incluso como marginal en determinadas circunstancias, puede hallarse en vías de generalización, lo que a su vez, indefectiblemente, provocará situaciones fraudulentas derivadas de las prestaciones superiores que se otorgan en el Régimen General de la Seguridad Social.

De este modo, no resultará infrecuente el supuesto en el que, inopinadamente, sin prevenir las consecuencias que dicho régimen fiscal comporta en su «traslación» al ámbito del Derecho de Seguridad Social, el titular de una empresa familiar acuda a la contratación laboral, no obstante resultar más gravosa en el apartado de «cargas sociales», formalizando la prestación de servicios de alguna persona a él vinculada parentalmente y, sin embargo, pueda esta última verse excluida ulteriormente de los derechos que el encuadramiento en dicho régimen comporta para unas determinadas contingencias mediante una decisión inicialmente adoptada por las Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social en virtud del privilegio del que disfruta la Administración derivado, bien del principio de autotutela ejecutiva y decisoria o declarativa de derechos, bien de la presunción de legalidad de los actos administrativos, incumbiendo a los pretendidamente beneficiarios la carga de su impugnación.

Como conclusión puede afirmarse que, si la condición asalariada o no de una relación excluida, en principio, del *ager* laboral, viene impuesta o predeterminada por consideraciones de orden fiscal (cuyo tratamiento es más favorable a su «laborización»), en lugar de hallarse sujeta al contenido real de la prestación, ello no hará sino vehicular hacia una colisión frontal con los fines y muy distintos intereses de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social, debiendo significarse por último que, en cualquier caso y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la creación de las situaciones jurídicas tan contradictorias que hemos analizado atentan gravemente contra el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

3. El encuadramiento en Seguridad Social de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas: hipótesis interpretativas sobre el alcance de la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre ⁷⁹.

Corroborando la forma vertiginosa en que se suceden las acciones normativas en el ámbito de la Seguridad Social, y como un claro exponente del modo o práctica legislativa en que disposiciones presupuestarias o leyes de acompañamiento excluyen reiteradamente interpretaciones judiciales

⁷⁹ Es necesario tener en cuenta la inminente publicación de la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1999 (BOCG de 9-XII-98), en cuyo artículo 22 se modifican nuevamente las letras a) y k) del artículo 97.2 y la disposición adicional 27.ª del TRLGSS, sobre el encuadramiento de este colectivo en Seguridad Social. Las nove-

económicamente inoportunas para la Administración, inscribiéndose en el ya mencionado fenómeno de «*reacción de la ley frente a la sentencia*»⁸⁰, deben subrayarse las importantes novedades introducidas en el TRLGSS por la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, sobre «**Encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del Sistema de Seguridad Social**», en cuyos apartados números dos y tres se establece:

- a) **La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social**, con carácter *declarativo*, tanto del **personal de alta dirección** a que se refiere el artículo 2.1 a) del TRET, siempre que no forme parte del órgano de administración desempeñando funciones de dirección y gerencia de la sociedad, como de los **socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas** que, reuniendo el requisito anterior mencionado para los altos directivos, no posean el «*control efectivo*» de la sociedad, bien por su participación directa o indirecta en el capital social, bien «*por cualquier otro medio*» [nueva redacción a las letras a) y k) del apartado 2 del art. 97 TRLGSS];
- b) **La inclusión obligatoria en el Régimen Especial de trabajadores autónomos**, mediante la introducción de una nueva disposición adicional (27.^a) en el TRLGSS de:
 - Quienes presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración con funciones de dirección y gerencia [apartado 1 a)];

dades son significativas, pudiendo destacarse dos como más relevantes: de una parte, **la posible inclusión en el RGSS de socios y trabajadores, aun cuando permanezcan al Órgano de administración, siempre que no realicen funciones de dirección y gerencia ni posean el «control efectivo» de la sociedad.** De otra parte, **la posible inclusión en dicho Régimen como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, de consejeros y administradores que realicen funciones retribuidas de dirección y gerencia pero no posean el «control efectivo» de la sociedad, si bien quedando excluidos de la protección por desempleo y del FOGASA.** Como quiera que el dato fundamental para la inclusión en dicho Régimen de este colectivo sigue siendo la del «control efectivo» de la sociedad, nuestras hipótesis en este sentido siguen siendo perfectamente válidas.

⁸⁰ El fenómeno es examinado por SALINAS MOLINA, F.: «El conflicto colectivo de Seguridad Social», *op. cit.*, pág. XXVI y ss.: «Es más, la diaria realidad se encarga de demostrar que de no obtener la Administración autora de los actos impugnados la ratificación de sus tesis interpretativas ante los Tribunales no sigue el camino de aceptar el precedente y de ajustar sus ulteriores actos administrativos a la doctrina jurisprudencial creada por aquél, sino que frecuentemente, además de ignorar aquélla y seguir generando injustificada litigiosidad, acude a medios distintos, aún constitucionalmente válidos, para hacer prevalecer sus criterios, como son el inspirar las oportunas reformas legislativas o reglamentarias». Asimismo *vid.* MUÑOZ MACHADO, S.: «*La reserva de jurisdicción*», Madrid, 1989, págs. 41-83; y DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: «El desempleo como situación protegida», Estudios de Derecho Laboral, n.º 24, CIVITAS, 1996. En éste se afirma que el fenómeno es frecuente en el Derecho de Seguridad Social, señalándose ejemplos como: la inclusión de las normas de cotización en la Ley de Presupuestos de 1992 es una reacción frente a la STS, 3.ª, de 27 de marzo de 1991 (RJ 5647); la reforma de la protección por desempleo en la Ley de Presupuestos para 1991 es la respuesta a la STS, 3.ª, de 26 de marzo de 1990 (RJ 3064); la disposición adicional 9.ª del RD 2319/1993 reacciona frente a la STS, 4.ª, de 26 de mayo de 1993 (RJ 6374).

- **Administradores sociales** a que se refiere el punto anterior, aun cuando dicho cargo no sea retribuido, siempre que perciban otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la sociedad, incluso cuando dichos servicios pudieran calificarse de relación laboral común o especial «de no concurrir con funciones de administración social» [apartado 1 b)]; y
- Quienes presten servicios retribuidos en dichas sociedades y posean el «control efectivo» de las mismas (por su participación directa o indirecta en el capital social o «por cualquier otro medio»), con presunción *iuris et de iure* de que dicha circunstancia concurre cuando al menos el trabajador posea el 50% del capital social, y presunción *iuris tantum* cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias [apartado 1 c)]:
 - Que al menos el 50% del capital social esté en posesión de aquellos socios vinculados familiarmente hasta el 2.º grado con el trabajador;
 - Que el trabajador participe al menos con la tercera parte del capital social, o con el 25% si tiene atribuido el ejercicio de funciones de dirección y gerencia, siempre que en ambos casos presten sus servicios trabajadores no socios; y
 - Que, cualquiera que sea su participación en el capital social, se trate de empresas en las que únicamente presten servicios quienes tengan la condición de socios, «constituyendo la aportación del trabajo título necesario para el reparto de las ganancias sociales».

A su vez, en el **último párrafo** del apartado 1 de la disposición adicional 27.^a del TRLGSS, se establece que en los supuestos en que no concurren las circunstancias que, *iuris tantum*, permiten apreciar la existencia de un control efectivo de la sociedad por parte del trabajador, la Administración podrá demostrar, «*por cualquier medio de prueba*», que dicha circunstancia concurre.

- c) **La exclusión del Sistema de Seguridad Social de los socios, sean o no administradores**, de sociedades mercantiles capitalistas «*cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios*» (apartado 2 disposición adicional 27.^a TRLGSS).
- d) **El plazo de un año (contado desde 1-1-1998) para proceder a la regularización de las situaciones en Seguridad Social de socios y administradores**, considerando como debidas las altas y todas las cotizaciones correspondientes ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social con anterioridad a dicha fecha, transcurrida la cual los efectos de las comunicaciones de cambio de encuadramiento se producirán desde la fecha que fije la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior o, en su defecto, desde el último día del mes siguiente a su notificación.

Pues bien, si de una primera lectura de los citados preceptos parece desprenderse que el legislador, cumpliendo con la previsión establecida en la disposición adicional 2.ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, da solución a la extensa problemática surgida en torno al encuadramiento de estos trabajadores, ello no parece sino muy alejado de la realidad, tal y como analizaremos a continuación.

3.1. La presunción del «control efectivo» de las sociedades mercantiles capitalistas: una remisión implícita a la doctrina del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica.

Así como el «abstencionismo legislativo» en materia de «grupos de empresa» ha forzado la intervención de nuestros tribunales en una labor de integración normativa ⁸¹, la falta de regulación en los supuestos que estudiamos, muchas veces suplida por el denominado «derecho subterráneo» ⁸², ha generado una abundantísima jurisprudencia que, al tiempo de incidir sobre la necesidad de regular dichos supuestos, ha acudido en sus pronunciamientos a conceptos pertenecientes a diversos sectores de nuestro ordenamiento, fundamentalmente a las disciplinas civil y mercantil.

De este modo, resulta claramente perceptible el paralelismo terminológico utilizado en el precepto que estudiamos respecto a las referencias normativas en materia de grupos de empresa, concretamente entre las expresiones «control efectivo» y «dominio» de la sociedad. Y así como en la demostración de la existencia de estos últimos **la carga de la prueba** corresponde «...a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales de la misma» (STS de 11-12-1985, Sala 6.ª, RJ 6094), compete a la Administración, *por cualquier medio de prueba*, demostrar la existencia de un «control efectivo» de la sociedad por parte del trabajador, cuando no concurren las circunstancias previstas por la norma, con las presunciones *iuris et de iure* e *iuris tantum* ya analizadas.

⁸¹ Vid. APILLUELO MARTÍN, M.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», AL, núm. 15, abril 1996, pág. 335 y ss. Asimismo, BAYLOS, A.- COLLADO L.: «Grupo de empresas y Derecho del Trabajo», Edit. Trotta, Madrid, 1994, pág. 11 y ss; y CAMPS RUIZ, L.M.: «Tratamiento laboral de los grupos de sociedades», AL, núms. 34 y 35, septiembre 1990, págs. 362-367. Las referencias legislativas al fenómeno grupal, numerosas aunque dispersas, que sitúan como clave del concepto de grupo la noción de «dominio» o toma de control de una sociedad por otra o un grupo de otros, se hallan ubicadas en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento -con sede fundamentalmente en el artículo 42.1 del Código de Comercio: tanto en *normas laborales* (Directiva Comunitaria del Consejo CEE, de 22 de septiembre de 1994; disposición adicional 4.ª de la Ley 22/1992, de 30 de julio; art. 16.5 LPRL; arts. 1 y 51.14 TRLET y art. 9 RD 1382/1985, de 1 de agosto) como *económicas y jurídico-societarias* (Directiva 77/91, CEE, de 23 de noviembre; art. 87 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, según redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE, retomando el art. 4.º de la Propuesta de Directriz Comunitaria de 23 de octubre de 1980 y, tras incluirse en la nueva redacción dada al por el apartado 10 de la disposición adicional 2.ª de la LSRL de 1995, donde se define el concepto de «Sociedad dominante», recogido asimismo en el artículo 10.2 de la precitada LSRL; Ley 13/1992, de 1 de junio, de Entidades Financieras; Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia).

⁸² Léase la Resolución de 23 de junio de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, y la Circular núm. 2-034 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1992, o recientemente, la Circular núm. 5-007, de 11 de febrero de 1998, de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Queremos decir con ello que, así como en la indagación del fenómeno grupal ha de partirse apriorísticamente del **principio de independencia de la persona jurídica**, y la realidad de su presencia a efectos jurídico-laborales viene aún determinada por una *jurisprudencia de indicios* (confusión patrimonial, existencia de caja única, etc.)⁸³, la referencia a la posibilidad de un *control efectivo* de la sociedad por parte del **socio-persona física**, mediante su participación «directa» o «indirecta» en el capital social o «por cualquier otro medio», podría ser entendida, entre otras hipótesis, como una *remisión implícita tanto a la doctrina del «grupo de empresas» (sobre todo en supuestos de «control efectivo indirecto»), como a la doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica* que, como es sabido, permite penetrar en el *substratum* personal de la sociedad, «...indagando su realidad subyacente tras prescindir de las relaciones jurídicas societarias formales, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizado como camino de fraude...» (STS de 30 de julio de 1994, Sala 1.ª, RJ 6308); es decir, «...evitar el abuso de esa independencia y del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un ejercicio antisocial de su derecho...» (STS de 12 de junio de 1995, Sala 1.ª, RJ 4739), con fundamento último y genérico en «el principio del desamparo jurídico de los actos realizados en fraude de ley ...»(STSJ de Cantabria, de 14 de diciembre de 1994, AS 4888).

De este modo, las hipótesis sobre un control no directo de la sociedad por parte del socio trabajador, remitirían en última instancia a la búsqueda de la realidad económica «subyacente» de la sociedad en relación con sus socios y, por tanto, entre otras, bien a la «*estrategia de filialización*» societaria, o la creación de distintas unidades empresariales cuya independencia jurídica se vería limitada por el interés económico del grupo, bien a la *teoría de la «infracapitalización nominal de sociedades»*⁸⁴, entendida como «*la financiación de la sociedad mediante créditos de los propios socios no incluidos en el capital de responsabilidad*»⁸⁵, en la que resultaría procedente la aplicación de la doctrina tanto del «*levantamiento del velo*» como la de los «*actos propios*» o *venire contra factum proprium*, cuya regla «prohíbe una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior (jurídicamente relevante y eficaz) mostrada por una persona que intente ejercitar posteriormente un derecho subjetivo o una facultad» (SSTS de 6 de febrero y 24 de octubre de 1987, RJ 685, 6194).

Es decir, de manera tácita, el precepto estaría aludiendo a dichas doctrinas del «*grupo de empresas*» y del «*levantamiento del velo*» como vía demostrativa de la existencia de un control efectivo de la sociedad por parte del trabajador, a efectos de su inclusión obligatoria en el RETA, de tal suerte que, si esta interpretación de la norma que analizamos fuese correcta, nos hallaríamos en presencia de una separación con respecto a los criterios jurisprudenciales que las mismas establecen,

⁸³ Vid. la paradigmática Sentencia de 3 de mayo de 1990, RJ 3946, y más recientemente, SSTS, Sala 1.ª, de 16-3-92, 24-4-92 y 21-7-95, RJ 2189, 3410, 5729; STS, Sala 6.ª, de 30-6-93, RJ 4939; y STS, Sala 4.ª, de 27-10-94, RL 1995-I, 723, TS-107.

⁸⁴ Vid. BOLDO RODA, C.: «El levantamiento del velo de la persona jurídica», Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 371 y ss.; y EMBID IRUJO, J.M.: «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea», CDC, núm. 5, junio 1989, pág. 376 y ss.

⁸⁵ Vid. ANIORTE SANZ, R. y CORONADO CORONADO, A.: «La lesión del derecho de crédito de las cuotas sociales», RCEF, n.º 178, enero 1998, pág. 48 y ss.

sobre todo en el ámbito socio-laboral donde, concretamente en materia de grupos ⁸⁶, se ha venido optando mayoritariamente por hacer abstracción del fenómeno grupal y sus «*estrategias de filialización*» a la hora de examinar la posición en el seno de la sociedad del «trabajador ejecutivo», en lugar de atender a la calificación como laboral o no de su relación con empresas filiales subordinadas al «interés del grupo».

En efecto, el hecho de que la Administración pueda demostrar «por cualquier medio de prueba» (remitiéndose implícitamente al artículo 1.215 CC, donde también se admite la *prueba de indicios*, regulada en los artículos 1.249 a 1.253 CC), que un trabajador «dispone del control efectivo de la sociedad», cuando no concurren las circunstancias en las que la norma apriorísticamente lo presume, pudiendo indagar en «*la realidad auténtica de los hechos*» y «*desvelando la ficción*» de la persona jurídica societaria a dicho fin, podría resultar contraria a los criterios jurisprudenciales relativos a la utilización restrictiva y no indiscriminada de dicha doctrina.

En resumen puede afirmarse que, así como el supuesto de responsabilidad especial contenido en el artículo 129 de la LSRL, previsto para *las sociedades de responsabilidad limitada sobrevenidas unipersonales que no inscriban dicha circunstancia en el Registro Mercantil*, ha sido considerado como la consagración legal de un supuesto de levantamiento del velo de la persona jurídica en el marco de una sociedad de capital ⁸⁷, **la exclusión de laboralidad de los socios trabajadores que, indirectamente o por cualquier otro medio dispongan del control efectivo de la sociedad**, a expensas de las aclaraciones normativas o interpretaciones jurisprudenciales que puedan verterse en este sentido, *puede representar, a nuestro juicio, un instrumento legal para la aplicación práctica de dicha doctrina en vía administrativa a los supuestos mencionados.*

Por otra parte, la circunstancia ya indicada de que la Administración disponga de uno de los *privilegios* que comporta mayores consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social, como es el derivado del **principio de autotutela ejecutiva y decisoria o declarativa**, en virtud del cual la Administración puede efectuar unilateralmente declaraciones de derecho (derivadas en este caso del «acto administrativo» del encuadramiento en un determinado Régimen de Seguridad Social, con presunción de legalidad del mismo), que afecten a terceros sin necesidad de acudir a los Tribunales, y que además corresponda a aquéllos la carga de la impugnación en los supuestos de presunción *iuris tantum* de control efectivo de la sociedad, representa **una clara fragmentación hacia el encuadramiento masivo de este colectivo o «grupo de administrados» en el RETA.**

Y así lo confirma la propia norma (apartado 3 disposición adicional 27.ª TRLGSS) cuando dispone la concesión del plazo de un año (hasta el 31-12-1998) para que se regularicen las situaciones de encuadramiento incorrecto de dichas personas, so pena de ser consideradas como altas indebidas aquéllas una vez superado dicho límite temporal, no resultando extraño que la Administración de Seguridad Social recurra de nuevo al ya suficientemente denostado «*derecho subterráneo*» para

⁸⁶ Vid. por todas, SSTS, Sala 4.ª, de 13-11-1991 (AL, núm. 14, 1992) y 27-10-1994 (RL 1995-I, 723); y STS, Sala 6.ª, de 30-6-1993, RJ 4939.

⁸⁷ Vid. BOLDO RODA, C., *op. cit.*, pág. 336 y ss.

dar, de modo más extenso, su particular visión interpretativa del precepto, tal y como ha procedido a instar en su Circular 5-002, de 15 de enero de 1997, sobre devolución de cuotas del FOGASA a los socios y administradores dados de alta en el RETA procedentes del RGSS.

3.2. El encuadramiento en Seguridad Social de los familiares no socios que presten sus servicios para la sociedad: ¿un vacío legislativo?

Una vez examinado el posible alcance del término ciertamente novedoso aunque ambiguo de «**control efectivo**» de la sociedad, del tenor literal contenido en el precepto se desprenden las siguientes **hipótesis**:

- a) **Como supuesto de inclusión expresa en el RGSS** [Apartado 2 disposición adicional 43.^a dando nueva redacción al art. 97.2 k) TRLGSS].

Se refiere a los «**SOCIOS TRABAJADORES**» que no formen parte del órgano de administración con funciones de dirección y gerencia, cuando no posean un control efectivo de la sociedad.

Parece claro que los familiares de este grupo de trabajadores podrán ser incluidos en el RGSS, siempre que se den las circunstancias ya analizadas.

- b) **Como supuesto de inclusión obligatoria en el RETA** [Apartado 3 disposición adicional 43.^a, apartado 1 c) de la nueva disposición adicional 27.^a TRLGSS].

Se refiere a «**QUIENES PRESTEN SERVICIOS RETRIBUIDOS**», sin mayor especificación, estableciéndose una **presunción iuris et de iure** de control efectivo cuando el trabajador disponga al menos del 50% del capital social, y una **presunción iuris tantum** de dicho control [a efectos de la aplicación de este apartado 1 c)] en las distintas circunstancias ya examinadas.

En esta hipótesis, se produce a nuestro juicio un «**olvido legislativo**» o premeditada omisión referida al encuadramiento de quienes, sin tener la condición de socios y prestando servicios por cuenta de la sociedad, se hallen vinculados parentalmente a aquellas otras personas que la norma excluye expresamente del ámbito laboral.

Efectivamente, según hemos apuntado, la nueva redacción dada al artículo 7.1 a) del TRLGSS (mediante la disposición adicional 43.^a, apartado 1.º, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, remite al art. 1.1 TRET, donde se admite la prueba en contrario de la presunción de «extralaboralidad» del trabajo familiar, mediante la demostración de la condición asalariada de la prestación de servicios [art. 1.3 e) TRET]. Por su parte, el artículo 7.2 del TRLGSS excluye del ámbito de aplicación del RGSS al no considerarlos como trabajadores por cuenta ajena, «*salvo prueba en contrario*», a los familiares del empresario hasta el 2.º grado.

Pues bien, en la nueva disposición adicional 27.^a del TRLGSS *no se dice nada respecto a dichos familiares no socios*, por lo que, en principio, parece claro que el régimen aplicable a dichos trabajos continúa siendo el regulado en el artículo 1.3 e) del TRET, ya examinado, en relación con los citados artículos 7.1 a) y 7.2 del TRLGSS.

No obstante, creemos absolutamente necesaria una aclaración normativa al respecto, teniendo en cuenta los problemas de encuadramiento que dicha omisión o remisión tácita al régimen vigente pueda comportar, sobre todo teniendo en cuenta el paralelismo existente entre los términos «*control efectivo*» y «*dominio de la voluntad social*», expresión incesantemente utilizada en los pronunciamientos de nuestros tribunales, resolutorios de cuestiones litigiosas suscitadas a este respecto en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, fundamentalmente en materia de prestaciones de desempleo.

3.3. Alta dirección y «administradores sociales ejecutivos»: otro claro exponente de reacción de la ley frente a la sentencia.

Desde la regulación del trabajo de alta dirección mediante el RD 1382/1985, de 1 de agosto, hasta la nueva redacción dada a los artículos 7.1 a) y 97.2, letras a) y k) del TRLGSS por la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, ya citada, dicha norma reglamentaria, no obstante sus muchas especialidades, no se ve afectada por ninguna disposición, excepción hecha de alguna de carácter residual⁸⁸ o, una vez más, de las versiones interpretativas del «*derecho subterráneo*»⁸⁹.

A pesar de esta parquedad legislativa, una copiosa jurisprudencia ha llevado a cabo una labor intensísima que, se ha señalado, constituye una auténtica «*revolución jurisprudencial*» de la relación de alta dirección, (que) llega a afectar a los conceptos y pilares básicos del contenido de la regulación»⁹⁰.

⁸⁸ Nos referimos a la protección finalmente dispensada por el FOGASA al personal de alta dirección en supuestos de insolvencia empresarial, en virtud de la disposición adicional 2.^a de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, adaptándose al criterio establecido por la STJCEE de 26 de diciembre de 1993, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Cataluña (Auto de 31 de julio de 1992), relativas a la interpretación de la Directiva 1980/897/CEE, de 20 de octubre (DOCE, serie L, del 28), y modificándose el criterio jurisprudencial sostenido hasta entonces, contrario al otorgamiento de dicha protección salarial (STS de 30 de diciembre de 1992, **dictada en Unificación de Doctrina**, RJ 10382).

⁸⁹ Un claro ejemplo (en esta ocasión como reacción a la STS 4-2-97, **dictada en Unificación de Doctrina**, J 288), es la reciente Circular 5-007, de 11 de febrero de 1998, de la TGSS, donde variándose el criterio anterior, **se admite la contratación a tiempo parcial del personal de alta dirección**, con las correlativas consecuencias respecto a la cotización a la Seguridad Social. Asimismo, como interpretación del precepto que venimos examinando, cabe citar la Circular 5-002, de 15 de enero de 1997, de la TGSS, sobre **devolución de cuotas del FOGASA a socios y administradores dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos procedentes del Régimen General**.

⁹⁰ MOLERO MANGLANO, C.: «Alta dirección...I», RL, n.º 13, julio 1997, págs. 35-36.

En principio, las medidas introducidas por la disposición adicional 43.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, resultan otro claro exponente del fenómeno de «*reacción de la ley frente a la sententencia*», y deben contextualizarse en el amplio debate doctrinal y jurisprudencial relativo a la inclusión en la Seguridad Social de socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. Medidas que, sin duda, seguirán siendo objeto de reflexión y crítica no tanto por el efecto de *camuflaje* que producen ⁹¹ sino, fundamentalmente, por las predecibles consecuencias que ello comportará sobre esta categoría de trabajadores.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ante la cual reacciona dicho precepto, puede contemplarse desde *dos perspectivas convergentes*: por una parte, desde el punto de vista de la relación jurídico-privada que contractualmente las partes establezcan; y, por otra parte, desde la óptica del encuadramiento en Seguridad Social que dicha relación jurídica comporta.

Desde esta última perspectiva, dicha doctrina viene a señalar, tras afirmar que los campos de aplicación de la legislación laboral y la de Seguridad Social no son idénticos o coextensos, e introducir un nuevo concepto de trabajador por cuenta ajena («*el trabajador por cuenta ajena en sentido estricto*») ⁹², que, si bien es cierto que no procede el alta y cotización en el régimen general de los denominados por ella «*administradores sociales ejecutivos*», tampoco eso lleva necesariamente a que proceda la inscripción en el Régimen de autónomos, pues éste no incluye en su campo de aplicación a quienes ostentan altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil en las sociedades de capital, no cumpliéndose por tanto la condición de trabajadores por cuenta propia, como se exige en el artículo 3 del Decreto 2530/1970, que fija el campo de aplicación del RETA, pues si bien en este precepto se hace referencia a las empresas individuales y familiares y las sociedades colectivas y comanditarias, parece que excluye el encuadramiento en tal régimen especial de quienes, con carácter mercantil, realizan actividades de alto gobierno en las sociedades de capital.

Es a partir de 1996 cuando puede decirse que la jurisprudencia de lo Contencioso-Administrativo ⁹³ empieza a sumarse a la doctrina sentada por la Sala de lo Social, y en consecuencia

⁹¹ DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pág. 15. El autor describe críticamente la existencia de una «*deslocalización normativa*» en materia de Seguridad Social, «como consecuencia de la práctica consistente en incorporar determinadas normas en disposiciones que ninguna relación guardan con ellas, ni por su rúbrica, ni por su contenido principal y que suelen ser además coyunturales», produciendo el efecto expresado de *camuflaje*, si bien afirma la involuntariedad y no intencionalidad del legislador en la aparente ocultación de la norma sino, más bien, «la eliminación de costes de gestión normativa».

⁹² *Vid.* STS de 29 de enero de 1997, Sala 4.ª (FD 5.º), analizada por CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., en AL, n.º 4, 26-1 a 1-2 de 1998. En dicha sentencia se establece que la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende «*a todos los que lo son en sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral*». Esta doctrina es seguida por distintos pronunciamientos posteriores; *vid.* por todas las SSTS, Sala 4.ª, de 24 y 30 de enero de 1997 (J 68,397), 6 y 18 de febrero de 1997 (J 151,404), 4, 14 y 24 de marzo de 1997 (J 426/427, 478,546), y de 14 de abril de 1997 (J 753), **dictadas en Unificación de Doctrina**, RJLN, núms. 1, 3 y 4, mayo-julio-septiembre 1997.

⁹³ Así, las SSTS, Sala 3.ª, 29 de marzo de 1996 (RJ 2615), 6 de mayo de 1996 (RJ 4106), 11 de junio de 1996 (RJ 5205, 5208, 5209), 21 de junio de 1996 (RJ 5327), 2 de julio de 1996 (AL 43), 22 de octubre de 1996 (AL 496, núm. 8, 1997), 29 de octubre de 1996 (RJ 7717), 9 de diciembre de 1996 (AL 626, núm. 18, 1997), 25 de febrero de 1997 (J 282), 20 de marzo de 1997 (J 651), 8, 11 y 15 de abril de 1997 (J 704,706,714), y 7 y 10 de octubre de 1997 (AL 371, 377, núm. 8, 1998).

a aplicar la muy criticada por un sector de la doctrina «*teoría del vínculo*»⁹⁴, si no del todo convincente sí al menos alejada de criterios anteriores excesivamente formalistas que ponían de manifiesto sobremanera un dato negativo sobre el que no debe dejarse de insistir: el que *dos situaciones idénticas puedan merecer calificaciones jurídicas distintas*⁹⁵.

Dicha teoría, que normalmente lleva a dejar sin efecto las actas de Inspección de infracción o liquidación de cuotas por falta de alta y cotización en el Régimen General, puede resumirse a través de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 23 de abril de 1997, **dictada en Unificación de Doctrina** (J 775) que, a la vista de las Sentencias dictadas por esa Sala de 29 y 30 de enero de 1997 (J 83), viene a distinguir entre administradores que poseen una participación inferior al 50% o igual o superior a ese porcentaje, entendiéndose que los primeros deben encuadrarse en el Régimen General y los segundos en el RETA⁹⁶.

Los pronunciamientos reseñados señalan, en síntesis, que procede la inclusión en el Régimen General de los que denomina «*administradores sociales ejecutivos*», pero siempre y cuando no posean la mayoría de las acciones, pues en este caso faltaría la nota de ajenidad. Y ello sobre la base de que los preceptos que definen el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social adoptan criterios diferenciados respecto a los que regulan el ámbito del ordenamiento laboral, en particular el artículo 1.1 del TRET.

Esta orientación de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido adoptada también rápidamente por la Sala 3.ª, que en su Sentencia de 23 de mayo de 1997 (FD 4.º) (J 899)⁹⁷, señala que: «De acuerdo con la más reciente doctrina de la Sala 4.ª de este Tribunal (Sentencias de 29 y 30 de enero de 1997), a la que debemos seguir, conforme al criterio prejudicial con que se aborda la cuestión en esta jurisdicción...». Asimismo, las SSTS, Sala 3.ª de 27 de mayo de 1997 (J 901), de 15 de julio de 1997 y la de 19 de septiembre de 1997 (J 1263). Esta última sentencia, retomando los razo-

⁹⁴ Vid. MOLERO MANGLANO, C., *op. cit.*, págs. 40-41. Para este autor dicha teoría no responde a la realidad sociológica de diferenciación entre aquellos consejeros delegados que acceden al órgano de administración desde su condición de directivos (muchas veces desde una anterior relación laboral ordinaria), de aquellos que se integran en el consejo de administración «por virtud de su pertenencia a la antigua familia propietaria de la sociedad». De este modo, «igualar a unos y otros, negando a todos la condición laboral, es cerrar los ojos a la evidencia, (pues) finalmente, unos viven de su sueldo, los otros de su capital».

⁹⁵ Como paradigma de este formalismo jurídico puede señalarse la STS, Sala 4.ª, de 13 de mayo de 1991, RJ 3906, donde se remitía a una previsión en los estatutos de la sociedad la distinción entre puestos del consejo y los de alta dirección.

⁹⁶ Vid. asimismo, las SSTS, Sala 4.ª, de 15 de enero de 1996 (RJ 4120), de 29 de enero de 1997 (J 83) de 23 de abril de 1997, **en Unificación de doctrina** (J 775), y de 3 de julio de 1997 (J 1204).

⁹⁷ Resulta sumamente interesante el contenido de su fundamento de derecho 3.º, donde se aborda el tema de la carga de la prueba: «...este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, de la que son exponentes las sentencias de 29 de enero y 19 de febrero de 1990, y más recientemente en sentencias de esta Sección de 12 de octubre de 1996 y 13 de enero de 1997, viene señalando que la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para que no se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales, según la cual, cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor». Este criterio se recoge íntegramente en el FD 2.º de la STS, Sala 3.ª de 19 de septiembre de 1997 (J 1263).

namientos del cuerpo de doctrina indicado, especialmente la de 29 de enero de 1997, afirma que entre las razones para preferir la inclusión en el RGSS de este colectivo de trabajadores que, aunque comprende a los que lo son en sentido estricto pero no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral, son:

1. La inclusión de este grupo profesional de los administradores sociales ejecutivos en el RGSS ha venido siendo exigida por la jurisprudencia y por la propia Administración laboral desde hace muchos años, lo que ha generado un historial de aseguramiento y unos derechos en curso de adquisición que conviene respetar, en atención al objetivo constitucional de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social;
2. Esta jurisprudencia y esta práctica administrativa cuentan con antecedentes normativos de exigencia de afiliación obligatoria a regímenes de Seguridad Social; y
3. La exclusión de los administradores sociales ejecutivos del Régimen General de la Seguridad Social, unida a la ya declarada por la jurisprudencia la imposibilidad de inclusión en el RETA, **«daría lugar a una inconveniente laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende en su ámbito prácticamente a todas las actividades profesionales».**

Por otra parte, cabe subrayar la solución adoptada por la jurisprudencia excluyendo del derecho a la prestación por desempleo a este colectivo. En efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, **dictadas en Unificación de Doctrina**, de 14 de mayo de 1997 (J 947), y de 26 de mayo de 1997, Sala de lo Social, (J 1191), tras incardinarse el cuerpo de doctrina referido a este colectivo y, con fundamento en la improcedencia de su encuadramiento en el RETA (SSTS de 4, 6 y 12 de junio de 1996; y 24, 29 y 30 de enero, 18 de febrero, 4, 5, 14 y 24 de marzo, y 14 de abril de 1997, entre otras), señalan que los referidos administradores son trabajadores por cuenta ajena, pero la relación que les vincula a la compañía no es de naturaleza laboral, sino mercantil societaria, es decir, su prestación de servicios no se rige por el TRET y demás normas propias del Derecho del Trabajo, sino por el Código de Comercio y las Leyes especiales correspondientes, debiendo tenerse en cuenta que su remuneración no tiene carácter salarial. Concluye en definitiva que la prestación por desempleo está incluida en el ámbito protector del RGSS, pero de ello **«no cabe deducir que toda persona incardinada en este ámbito goza de este beneficio».**

En definitiva, si había llegado el momento, según apuntaba la doctrina, de que se promulgase de una vez una disposición de rango adecuado *«para zanjar definitivamente una cuestión que estaba sembrando de inseguridad jurídica este sector»*⁹⁸, la redacción final de la acuciada norma no sólo no logra resolver las cuestiones nada pacíficas que venimos explicitando sino que, con toda probabilidad, contribuirá a aumentar la inestabilidad y falta de certeza jurídica existente en esta parcela de nuestro ordenamiento.

⁹⁸ MOLERO MANGLANO, C., *op. cit.*, pág. 46. Asimismo, Vid. BLASCO PELLICER, A.: *«La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios»*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, núm. 12, Valencia, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada expresamente a través de las notas a pie de página, el autor ha consultado:

AA. VV.: *La Reforma del mercado de trabajo* (dir. por E. Borrajo Dacruz), Actualidad Editorial, Madrid, 1993.

AA. VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por T. Sala Franco), 11.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

AA. VV.: *Derecho Social Comunitario* (dir. por T. Sala Franco), 2.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

AA. VV.: *Comentarios a las leyes laborales* (dir. por E. Borrajo Dacruz), 2.ª edic., Madrid, 1988.

AA. VV.: *Derecho del Trabajo* (MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA); Tecnos, 4.ª edic., Madrid, 1995.

AA. VV.: *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo* (A. BAYLOS GRAU y L. COLLADO GARCÍA); Edit. Trotta, Madrid, 1994.

AA. VV.: *Lecciones de Seguridad Social* (J. F. BLASCO LAHOZ, J. I. GARCÍA NINET, J. LÓPEZ GANDÍA y M.ª A. MOMPALER CARRASCO); Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.

AA. VV.: *Instituciones de Seguridad Social* (M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA); Civitas, 14.ª edic., Madrid, 1995.

AA. VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales* (B. SCHULTE y otros), MTSS, Madrid, 1992.

AA. VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo* (R. JACOB, A. VIANES, I. CHAMARD y otros), MTSS, Madrid, 1993.

AA. VV.: *¿Adiós a la flexibilidad?* (dir. Anna Pollert), MTSS, Madrid, 1994.

AA. VV.: *Compendio de Seguridad Social* (M. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA); Tecnos, 4.ª edic., Madrid, 1991.

AA. VV.: *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital* (coord. por L. Fernández de la Gándara y realizado por éste junto a D. García-Pita Pemán y A. Fernández Rodríguez); J & A Garrigues Abogados, Edit. Mc-Graw Hill, Madrid, 1996.

- ALMANSA PASTOR J.M: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 7.ª edic., Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, 14.ª edic., FD, Madrid, 1995.
- ALONSO OLEA-MONTOYA MELGAR: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1994.
- BLAT GIMENO, F: *Régimen jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Tesis, Valencia, 1989.
- BLAT GIMENO, F: «Trabajos amistosos», en *El Estatuto de los Trabajadores* (Tomo I), Edersa, Madrid, 1990.
- BOLDO RODA, C. «Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontractual», *RdS*, n.º 6, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E: «Cuestiones actuales de derecho del trabajo», *AL*, n.º 9, 1993.
- BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1994.
- CAMARA BOTIA, A: «Contrato de trabajo y agencia mercantil ¿Modificación de las fronteras del contrato de trabajo?, *REDT*, n.º 77, Mayo-Junio, 1996.
- CHACARTEGUI JAVEGA, C: *¿Los encuestadores son trabajadores?*, Tecnos, Madrid, 1996.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: *La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M: «Nota sobre la delimitación jurisprudencial del concepto y régimen jurídico del alto cargo frente al consejero delegado: con ocasión de la STS (4.ª), de 22 de diciembre de 1994», *TS*, n.º 62, 1996.
- GARATE CASTRO, J: «Trabajos familiares (algunas consideraciones jurisprudenciales para un estudio)», *RPS*, n.º 132, 1981.
- GARCÍA NINET J.I: *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1981-1995)*; Edit. CISS, Valencia, 1996.
- GARCÍA PIQUERAS, M: «Reflexiones sobre el contrato de los agentes de seguros privados. En la umbría de las zonas grises», *TL*, n.º 30, 1994.
- GOLDIN, A.O: «El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas», *RL*, n.º 3, 1996.
- GONZÁLEZ BIEDMA: «Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios», *RL*, septiembre 1993.
- IGLESIAS CAVERO, M: «La relación de servicios en los medios de comunicación», *AL*, n.º 26, 1990.
- IRUZUBIETA FERNÁNDEZ R: *El Abuso de Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo*. Edit. Colex, Madrid, 1989.
- LÓPEZ ANIORTE, C: «Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema», *RL*, 1998.

- LÓPEZ GANDÍA, J: «Los trabajos familiares», en *El Estatuto de los Trabajadores* (Tomo I), Edersa, Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, IES, Madrid, 1980.
- MOLERO MANGLANO, C: «Alta dirección: una revolución jurisprudencial», RL, n.º 13, julio 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, MTSS, 1987.
- MONEREO PÉREZ, J.L: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996.
- MORENO DEL TORO, C: «Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad», RL, n.º 12, 1996.
- OCDE: *Perspectivas del empleo. 1996*, MTSS, 1996.
- OJEDA AVILÉS, A: «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», RL, n.º 3, 1988.
- PAREJO ALFONSO, L: *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, 1991.
- PEDRAJAS MORENO, A. y VALDES DAL-RÉ, F: «Contrato de trabajo y contrato de transporte. ¿Un giro de la jurisprudencia?», DL, n.º 19, 1986.
- PAZ-ARES, C: «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ADC, 1983.
- PAZ-ARES, C: «La infracapitalización. Una aproximación contractual», RdS, n.º 2, 1994.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F: «El trabajador subordinado como tipo contractual», DL, n.º 39, 1993.
- PÉREZ LUNO, A.E: *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991.
- POLO SÁNCHEZ, C. y BAZ RODRÍGUEZ, J: «La exclusión de laboralidad de los transportes con vehículo propio: un primer estudio jurisprudencial», AL, n.º 6, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER M: «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», RL, n.º 18, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER M: «La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil», RL, n.º 21, 1996.
- SALA FRANCO, T: «La descentralización del trabajo», AA. VV.: *El ordenamiento laboral español...* (DURÁN LÓPEZ, MONTOYA MELGAR y SALA FRANCO), Madrid, 1987.