

DAMIÁN BENEYTO CALABUIG

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

ESTE comentario aborda el tema del encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas. Problemático tema que se creía ya zanjado de forma definitiva por la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, al fijarse, por fin, el Régimen de Seguridad Social aplicable mediante una norma con rango de ley, disponiendo los administradores, altos directivos y socios trabajadores de todo el año 1998 para regularizar su situación.

Pero el período de vigencia de tal disposición adicional ha sido realmente breve, sólo de un año. Y así resulta que la **Ley 50/1998, de 30 de diciembre**, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 34 modifica de forma sustancial, a partir del 1 de enero de 1999, la regulación del encuadramiento en la Seguridad Social de tales socios trabajadores y administradores de las sociedades de capital, así como de los socios trabajadores de las sociedades laborales, cambiando, de nuevo, los criterios fijados por la Ley 66/1997, y dando a los interesados el reducido plazo de tres meses (hasta el 31 de marzo de 1999) para regularizar su situación ante la Administración de la Seguridad Social.

A través de estas páginas se comenta la nueva regulación y se ofrece al lector la correcta determinación del Régimen de Seguridad Social aplicable a estos colectivos, analizándose de forma pormenorizada los distintos supuestos que pueden presentarse con un enfoque práctico apoyado en cuadros-resúmenes para facilitar su comprensión.

Sumario:

Introducción.

- I. La Ley de Acompañamiento para 1999. Circunstancias esenciales para determinar el correcto encuadramiento en la Seguridad Social.

- II. Los trabajadores (socios o no) de las sociedades mercantiles capitalistas.
 1. Socios trabajadores.
 2. Socios no trabajadores.
 3. Trabajadores no socios.

- III. Los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas.
 1. Los administradores activos o consejeros ejecutivos.
 2. Los administradores pasivos o consejeros no ejecutivos.

- IV. El personal de alta dirección.

- V. Los socios trabajadores de las sociedades laborales.

- VI. Regularización de la situación de los trabajadores (socios o no) y administradores sociales en orden a su encuadramiento.

- VII. Cuadros-resúmenes.

INTRODUCCIÓN

El tema de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas (administrador único, administrador solidario, administrador mancomunado, consejero delegado, presidente ejecutivo, etc.) y la Seguridad Social ha sido muy controvertido no sólo en la doctrina y en la jurisprudencia sino también en la propia Administración de la Seguridad Social y ha dado lugar a la aplicación de distintos criterios desde el año 1990. La dificultad radica de una parte en determinar si tales socios trabajadores y administradores están o no incluidos en el Sistema de la Seguridad Social y en caso afirmativo el Régimen de encuadramiento que les corresponde, y de otra en el problema añadido que representa, a estos efectos, el supuesto de concurrencia o combinación de situaciones, es decir cuando un socio trabajador con participación importante en el capital social realiza además funciones de alta dirección o es administrador social con funciones ejecutivas ¹.

La **Ley 66/1997, de 30 de diciembre**, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su disposición adicional cuadragésimo tercera relativa al «encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del Sistema de la Seguridad Social» pretendía zanjar de forma definitiva el problemático tema del encuadramiento de estos colectivos en la Seguridad Social. A tal efecto dicha norma efectuaba una modificación y una adición del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (**en adelante, TRLGSS**), y, en concreto, daba nueva redacción a los artículos 7.1.a) y 97.2 letras a) y k), e introducía una nueva disposición adicional, la vigésima séptima.

De forma resumida, la Ley 66/1997 efectuaba el siguiente encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades de capital:

¹ Véanse los antecedentes jurisprudenciales y los comentarios de la regulación contenida en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en nuestro anterior trabajo «Los socios administradores y los miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas: régimen de seguridad social aplicable», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. Núm. 179, febrero 1998.

1. En el Régimen General.

- Los trabajadores por cuenta ajena cuando presten servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (**en adelante, TRET**), es decir, en relación laboral ².
- Los altos directivos si no son administradores activos de la sociedad.
- Los socios trabajadores que no sean administradores activos ni posean un control efectivo de la sociedad.

2. En el Régimen Especial de Autónomos.

- Los administradores activos, sean o no socios, siempre que perciban una retribución por el cargo o como contraprestación de servicios realizados para la sociedad.
- Los socios trabajadores que posean un control efectivo de la sociedad, señalándose a tal efecto una presunción *iuris et de iure* y varias presunciones *iuris tantum*.
- Los altos directivos, cuando sean además administradores activos de la sociedad, al prevalecer en tal caso el vínculo societario sobre el laboral.

3. Exclusión del Sistema de la Seguridad Social.

- Los socios trabajadores, sean o no administradores, de sociedades cuyo objeto sea la mera administración del patrimonio de los socios.
- Los administradores pasivos (con funciones de consulta y asesoramiento), al no realizar una actividad relevante a título lucrativo.

Para regularizar la situación de los socios trabajadores y de los administradores sociales en orden a la Seguridad Social, la Ley 66/1997 concedía a los interesados el **plazo de un año** (durante 1998) para realizar las comunicaciones necesarias a la Tesorería General de la Seguridad Social a efectos del cambio de encuadramiento que resultara procedente, y con efectos retroactivos al 1 de enero de 1998.

² La modificación del artículo 7.1.a) del TRLGSS clarifica el requisito de la ajenidad para estar comprendido como trabajador en el ámbito de la Seguridad Social, sin perjuicio de otros colectivos incluidos a título de trabajadores asimilados, estableciéndose, mediante la remisión al artículo 1.1 del TRET, que ha de tratarse de ajenidad laboral, con todos los elementos exigidos para configurar un contrato de trabajo. De esta forma se supera la corriente jurisprudencial que entendía, respecto a la anterior redacción, que, al no distinguirse la clase de ajenidad a que se aludía, quedarían comprendidas las relaciones mercantiles de los administradores sociales que no poseyeran la mayoría del capital de la sociedad.

Con esta nueva regulación del encuadramiento de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades de capital, se pensaba que se daba por zanjado de forma definitiva este problemático tema al fijarse el Régimen de Seguridad Social aplicable mediante una norma con rango de ley, disponiendo los administradores, altos directivos y socios trabajadores de todo el año 1998 para regularizar su situación.

Pero en materia de Seguridad Social estamos ya bastante habituados a que el período de vigencia de sus normas reguladoras sea muy limitado, pues concretamente en este caso, ha sido sólo de un año. Y así resulta que la **Ley 50/1998, de 30 de diciembre**, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (socialmente conocida como Ley de «Acompañamiento» a los Presupuestos Generales del Estado) modifica de forma sustancial, a partir del 1 de enero de 1999, la regulación del encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas, cambiando, de nuevo, los criterios, por lo que algunos afectados que se habían pasado al Régimen Especial de Autónomos durante el año 1998 (en cumplimiento del plazo para su regularización fijado en la Ley 66/1997), especialmente los administradores activos retribuidos, tienen de nuevo que encuadrarse en el Régimen General, y, además, hacerlo en el reducido plazo de tres meses (hasta el 31 de marzo de 1999).

En este estudio nos referimos exclusivamente a la nueva regulación del encuadramiento en Seguridad Social de los trabajadores (socios o no), los administradores sociales (activos y pasivos), los altos directivos y los socios trabajadores de las sociedades laborales, pero sólo de las sociedades mercantiles capitalistas, en relación, fundamentalmente con la anterior regulación contenida en la Ley 66/1997. Por ello dejamos fuera de este análisis a los socios trabajadores y a los administradores de las sociedades mercantiles personalistas, es decir, de las sociedades regulares colectivas y de las sociedades comanditarias, a los socios de las sociedades civiles, a los miembros integrantes de las comunidades de bienes, y a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, que se rigen por su normativa específica.

I. LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO PARA 1999. CIRCUNSTANCIAS ESENCIALES PARA DETERMINAR EL CORRECTO ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en vigor desde el primero de enero de 1999, en su artículo 34 se dedica al «encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales en el Sistema de Seguridad Social». Materia que modifica sustancialmente en relación con la regulación establecida en la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, modificando las letras a) y k) del apartado 2 del artículo 97 y la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS, y asimismo el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

Lo primero que llama la atención en la nueva regulación de esta materia es el título del artículo 34 «encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades ...» en contraposición con el título de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 «encuadramiento de los socios trabajadores y de los miembros de los órganos de administración de las sociedades ...». Con este nuevo título, de una parte desaparece la palabra «socios» por lo que se disipan las dudas que existían en la regulación anterior acerca de si tal norma era de aplicación también a los trabajadores no socios en orden a la presunción de control efectivo de la sociedad cuando prestan servicios para una sociedad controlada por familiares hasta el segundo grado (como posteriormente analizaremos), pues dada la redacción literal de la disposición adicional parecía que dejaba fuera de su ámbito a los trabajadores que no tenían la condición de socios. Y de otra parte el título del artículo 34 habla de administradores (y en su contenido se menciona a administradores y consejeros), en lugar del más genérico de miembros de los órganos de administración contenido en la disposición adicional de la Ley 66/1997.

En segundo lugar, hay que señalar que la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 incluía expresamente en el Régimen General a los altos directivos que no fueran administradores activos, mientras que el artículo 34.Uno de la Ley 50/1998 suprime la mención expresa del personal de alta dirección, sustituyéndola por la genérica de trabajadores por cuenta ajena (comprendiendo, en consecuencia, a los trabajadores vinculados tanto por relación laboral ordinaria como por la relación laboral especial de alta dirección), siempre que no sean administradores activos ni posean el control efectivo de la sociedad.

En tercer lugar, el problemático supuesto de presunción de control efectivo de la sociedad referido a cuando en la empresa prestan servicio únicamente los socios, cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital social, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad título necesario para el reparto de las ganancias sociales, y por el que debían, en tal caso, encuadrarse todos los socios trabajadores en el Régimen Especial de Autónomos, queda suprimido en la Ley 50/1998.

En cuarto lugar, y como novedad más significativa, la nueva Ley 50/1998 considera como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de Seguridad Social, a los consejeros y administradores activos (con funciones de dirección y gerencia) de las sociedades mercantiles capitalistas que perciban una retribución y no posean el control efectivo de la sociedad, y los incluye en el Régimen General si bien con la exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial (y si no tienen tal protección, entendemos que deben estar excluidos de cotización por tales contingencias). Ello supone un cambio radical respecto a la regulación anterior de la disposición cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 que incluía en el Régimen Especial de Autónomos a todos los administradores activos retribuidos sin distinción alguna.

Aparte de estas novedades más destacadas, el artículo 34.Dos de la Ley 50/1998, modifica también el sistema de presunciones del control efectivo de la sociedad a efectos de la inclusión del trabajador en el Régimen Especial de Autónomos. Por ello para determinar el correcto encuadramiento en la Seguridad Social de un trabajador hay que delimitar una serie de conceptos y tener en cuenta ciertas circunstancias, como son:

1. En caso de **socio trabajador o no trabajador** hay que tener en cuenta:
 - Su porcentaje de participación en el capital social.
 - Si es o no administrador activo retribuido o alto directivo.
 - Si es pariente de otros socios de la sociedad y grado de parentesco.
 - Si reúne el requisito de la convivencia con los parientes hasta segundo grado que sean socios.
 - Si posee o no el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad.
2. En el supuesto de **trabajadores no socios**: si es administrador activo retribuido y si posee o no el control efectivo indirecto de la sociedad (a través de familiares socios con los que conviva).
3. Si se trata de **administradores sociales** hay que distinguir entre:
 - Administradores activos: la jurisprudencia denomina administradores activos (a los que también llama altos cargos societarios o administradores ejecutivos) a los que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios. Son, en definitiva, quienes asumen las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación de la sociedad mercantil capitalista. Conforme a la Ley 50/1998, se consideran administradores activos o consejeros ejecutivos quienes prestan servicios retribuidos para las sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración y teniendo a su cargo funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siempre que sean retribuidos por el cargo o por su condición de trabajadores por cuenta de la sociedad.
 - Administradores pasivos: la jurisprudencia denomina administradores pasivos (a los que también llama consejeros externos o consejeros no ejecutivos) a aquellos cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los Consejos de Administración y a realizar funciones consultivas o de asesoramiento.
 - Si es o no socio, y en el primer caso, porcentaje de participación en el capital social.
 - Si posee o no el control efectivo de la sociedad, por su participación directa en el capital social o indirecta (a través de parientes socios con los que conviva).
4. En caso de **personal de alta dirección**:
 - Si es o no socio, y en el primer caso, porcentaje de participación en el capital social.

- Si es administrador activo retribuido.
- Si posee o no el control de la sociedad, por su participación directa en el capital social o indirecta (a través de familiares socios con los que conviva).

Vamos a analizar y comentar, por separado, cada uno de estos supuestos y la regulación específica de los socios trabajadores de las sociedades laborales en orden al encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social.

II. LOS TRABAJADORES (SOCIOS O NO) DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

Con carácter previo hay que señalar que la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 llevaba por título «encuadramiento de los socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del Sistema de Seguridad Social», y desarrollaba la disposición adicional segunda de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, que facultaba al Gobierno para regular, a lo largo del ejercicio económico de 1997, el encuadramiento de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas dentro del Sistema de la Seguridad Social. En consecuencia, la reforma legal operada por dicha ley afectaba exclusivamente a:

- Los socios trabajadores, es decir, a los socios que obtienen una retribución por su actividad laboral -ordinaria o especial- en la sociedad titular de la empresa. Por tanto dicha norma no era aplicable a los socios no trabajadores, es decir, los socios que sólo obtienen los rendimientos de las acciones o participaciones que poseen (que necesariamente están excluidos del Sistema de la Seguridad Social cualquiera que sea su participación en el capital social), ni tampoco resultaba de aplicación a los trabajadores no socios, es decir, aquellos trabajadores vinculados a la empresa por relación laboral (ordinaria o especial) pero sin participación alguna en el capital social.
- Los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas (anónimas y de responsabilidad limitada), por lo que tal norma no era de aplicación a las sociedades personalistas (regular colectiva y comanditaria) ni a las sociedades no mercantilistas (sociedades civiles y comunidades de bienes).

Pero en la nueva regulación de esta materia efectuada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, el artículo 34 lleva por título «encuadramiento de los trabajadores y administradores de sociedades ...», desapareciendo, por tanto, la expresión «socios trabajadores» contenida en la Ley 66/1997, por lo que resulta claro que a partir del 1 de enero de 1999, las reglas sobre encuadramiento en la

Seguridad Social son de plena aplicación tanto a los socios trabajadores como a los trabajadores no socios, en orden, fundamentalmente, a la presunción de control efectivo de la sociedad cuando prestan servicios para una sociedad controlada por familiares hasta el segundo grado. Por ello hay que analizar, por separado, el encuadramiento de los socios trabajadores, de los socios no trabajadores y de los trabajadores no socios.

1. Socios trabajadores.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en su artículo 34 modifica la letra a) del apartado 2 del artículo 97 y la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS, estableciendo el siguiente encuadramiento de los socios trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas.

1.1. Régimen General de la Seguridad Social.

Se declaran obligatoriamente incluidos en el Régimen General a los socios trabajadores que presten servicios retribuidos para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en dos supuestos:

1. Cuando no formen parte del órgano de administración social.
2. Cuando formen parte de dicho órgano como administradores pasivos o consejeros no ejecutivos, es decir, que no desarrollen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, sino únicamente meras funciones consultivas y de asesoramiento (asistencia a las reuniones de los Consejos de Administración y funciones internas de deliberación y consejo), al haberse producido una delegación de las facultades directivas y gerenciales en otro u otros miembros del órgano social.

Pero en ambos supuestos se exige un requisito fundamental relativo a que no posean un control efectivo de la sociedad por su participación, directa o indirecta en el capital social (es decir, se trate de socios sin el control social), pues en tal caso el Régimen de Seguridad Social que corresponde es el Especial de Autónomos (según la nueva redacción dada al artículo 97, apartado 2, letra a) del TRLGSS). Y por control efectivo de la sociedad se entiende lo que se expone posteriormente.

1.2. Régimen General sin protección por desempleo ni Fondo de Garantía Salarial.

Se encuadran en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pero con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial, los socios trabajadores que sean, a su vez, administradores activos retribuidos siempre que no posean el control efectivo de la sociedad [conforme a la nueva redacción dada al art. 97, apartado 2, letra k) del TRLGSS].

1.3. Régimen Especial de Autónomos.

Se incluyen obligatoriamente en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, conforme a la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS, en su redacción dada por la Ley 50/1998 «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla».

La disposición adicional citada exige que el desempeño del cargo de consejero ejecutivo o administrador activo o la prestación de otros servicios para la sociedad mercantil de capital sea a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, es decir, los mismos requisitos que las normas reguladoras del Régimen Especial de Autónomos (art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y art. 1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970) exigen para conceptuar a un trabajador como autónomo. Así, las funciones de dirección y gerencia o la prestación de otros servicios deben efectuarse:

1. A título lucrativo: por tal se entiende cuando la actividad se realiza con la finalidad de obtener un beneficio económico como medio de ganancia material e incluso de vida. Cuando se trata de un consejero ejecutivo o administrador activo se considera que trabaja en su propio interés aunque los efectos económicos de su función reviertan a favor de terceros.
2. De forma habitual: es decir, de manera profesional (como medio fundamental de obtención de los propios ingresos) y de forma continuada (con continuidad), excluyéndose las actividades ocasionales y esporádicas (los cortos períodos temporales de dedicación).
3. De forma personal: entendiéndose por tal que el trabajador ha de realizar personalmente la actividad económica o la actividad de dirección y gerencia.
4. De forma directa: se refiere tanto a la realización de una actividad material concreta o el desempeño de alguno de los puestos de trabajo de la empresa como la dedicación a actividades relativas a la dirección y gestión de la empresa.

Además de reunir estos requisitos relativos a las funciones o servicios, se exige que **el trabajador posea el control efectivo de la sociedad mercantil capitalista**, ya sea directo (es decir, por su propia participación en el capital social) o de forma indirecta (a través de la participación de parientes que sean socios y cuenten con la mayoría del capital social). Es de destacar que la Ley 50/1998, no menciona una tercera forma de poseer el control efectivo de la sociedad, «por cualquier otro medio», a la que se refería la Ley 66/1997, término indeterminado y, por tanto, generador de inseguridad jurídica.

Por tanto, la inclusión o no en el Régimen Especial de Autónomos de los socios trabajadores está en función de si tienen o no el control efectivo de la sociedad. Resulta pues fundamental precisar lo que se entiende por control efectivo de la sociedad. A este respecto la Ley 50/1998 contempla **tres formas** para determinar el efectivo control de la sociedad:

1. PARTICIPACIÓN IGUAL O SUPERIOR A LA MITAD DEL CAPITAL SOCIAL.

Se considera, en todo caso, que el trabajador posee un control efectivo de la sociedad cuando sus acciones o participaciones supongan la mitad (socio paritario) o más (socio mayoritario) del capital social.

Es el supuesto en que más claramente se manifiesta un auténtico control de la sociedad y por ello no se permite la prueba en contrario (se trata, pues, de una presunción *iuris et de iure*).

Se entiende que basta con ser titular de la mitad del capital social, sin necesidad de superar dicha cifra, ya que, aunque en ocasiones, los titulares del resto de las acciones o participaciones pueden oponerse en su conjunto a la adopción de cualquier acuerdo, lo que en la práctica se producirá es un auténtico bloqueo de la sociedad, pues tampoco el resto de los titulares podrá adoptar acuerdo alguno contra la voluntad del socio paritario.

2. PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE CONTROL EFECTIVO.

La Ley 50/1998 relaciona una serie de supuestos en los que concurren circunstancias que permiten presumir la existencia de un control efectivo de la sociedad y la falta de las notas de dependencia y ajenidad.

Dada la variada casuística que puede presentarse, la citada ley opta por la fórmula de la presunción *iuris tantum* de la existencia de control efectivo de la sociedad, permitiendo la prueba en contrario. Por tanto corresponde a los interesados destruir tal presunción mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho como puede ser documental, testifical, pericial o confesión (esta última no puede ser apreciada por la Administración), y a la Administración su valoración junto con toda la documentación obrante en el expediente. Pero hay que tener en cuenta que las pruebas negativas de un hecho (probar que no se posee el control efectivo) son especialmente difíciles y complejas, por lo que esas presunciones van a jugar de hecho como normas vinculantes, dada la casi imposibilidad de probar el hecho negativo contrario, esto es, que no se tiene el control efectivo. Quizá el único supuesto excepcional será el estar todo el resto del capital bajo la titularidad de otro socio, o al menos en tal proporción que resulte éste el exclusivo señor de la empresa ³.

³ Según señala ORDEIG FOX, J.M., «Afilación de socios y administradores de las sociedades mercantiles: un viraje normativo». *Tribuna Social*, núm. 88, abril 1998, pág. 29.

Los supuestos donde la norma presume la existencia de control efectivo de la sociedad por su participación directa o indirecta en el capital social o por la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, son los siguientes:

1. Participación en el capital social del 33,3% o superior.

La regla general, sin que se admita prueba en contrario, es que la participación igual o superior al 50% del capital social implica un control efectivo de la sociedad. Pero la Ley 50/1998 fija en la tercera parte del capital social el porcentaje de participación a partir del cual se considera que existe tal control social, con independencia del trabajo que realice.

La citada ley opta por el 33,3% porque el artículo 53 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 hace referencia a la adopción de acuerdos sociales por mayoría de votos, siempre que representen al menos 1/3, pudiendo los Estatutos exigir un porcentaje superior sin llegar a la unanimidad, y los artículos 102 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 que se refieren a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en la Junta General de Accionistas, permitiendo en términos generales, que las decisiones se tomen por mayoría simple bastando en la 1.ª convocatoria que se encuentren presentes o representados los socios titulares del 25% del capital suscrito y desapareciendo este límite en segunda convocatoria, salvo disposición en contrario en los Estatutos. Para supuestos especiales se requiere un «quórum» cualificado, requiriendo en 1.ª convocatoria el 50% del capital, bastando un 25% en segunda convocatoria. Pero para no hacer distinciones entre un tipo de sociedades y otras la Ley 50/1998 fija el porcentaje en la tercera parte del capital social.

Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, se permite que el socio trabajador pueda desvirtuarla acreditando que su participación en el capital no supone un control de la sociedad, porque el régimen de mayorías previsto en los Estatutos es distinto al señalado en las normas de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, o bien porque existe un socio mayoritario titular del 50% o más del capital social que es quien realmente tiene el control social.

2. Participación en el capital social del 25% o superior si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Cuando el socio tiene atribuidas funciones de gerencia y dirección de la sociedad y además dispone de una participación importante en el capital social (igual o superior a la cuarta parte) opera la presunción de control efectivo de la sociedad.

Entendemos que la atribución de funciones de dirección y gerencia de la sociedad tiene lugar tanto en el supuesto de un administrador activo o consejero ejecutivo como en el caso de un alto directivo. Y ello por cuanto el número 1 de la disposición adicional vigésima séptima del TRLGSS (en su redacción dada por la Ley 50/1998), comprende de una parte a «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador» y de otra a «quienes presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista» y dentro de este segundo supuesto cabe incluir al personal de alta dirección que, conforme al artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa con plena autonomía y responsabilidad, es decir, tienen atribuidas las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, requisito exigido junto con su participación del 25% o superior en el capital social para considerar que poseen el control efectivo de la sociedad.

3. Sociedades participadas por la familia que posea la mitad o más del capital social.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de sociedad familiar. No obstante la Ley 50/1998 presume que cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que prestan servicios está distribuido entre los socios con quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado (cónyuge, padres, hijos, suegros, yernos, abuelos, nietos, hermanos y cuñados) y conviva, el control efectivo de la sociedad lo tienen por su propio porcentaje unido, de forma indirecta, a la participación por vínculo de parentesco en la sociedad.

La Ley 50/1998 exige, como novedad en relación con la Ley 66/1997, para que la presunción de control indirecto (a través de familiares muy próximos) pueda operar, el **requisito de la convivencia**. Ello significa que únicamente se computa, a estos efectos, la participación en el capital social que tengan los parientes señalados que convivan con el socio trabajador de que se trate, y cuando su propia participación sumada a la de sus parientes alcance o supere la mitad del capital social es cuando se presume el control efectivo de la sociedad.

En este supuesto no cabe apreciar como prueba para destruir la presunción de control efectivo ni el régimen económico matrimonial de separación de bienes (regula aspectos económicos entre cónyuges y de éstos con terceros), ni un documento privado como puede ser un contrato de trabajo, ya que este último, lo que demuestra, es el ejercicio de una actividad concreta y retribuida, pero no por ello deja de ser socio y de controlar por su condición de socio, aunque sea de forma indirecta, la sociedad, dado que la norma parece contemplar no a cada socio en particular sino, en conjunto, a la sociedad familiar puesto que entre todos ostentan el 50% o más del capital social, confundiendo en su conjunto la personalidad del socio y de la sociedad, lo que impediría considerar que la actividad fuera desarrollada por cuenta ajena.

Por tanto, cuando al menos la mitad del capital social esté distribuido entre cónyuges y parientes en tales condiciones, no cabe apreciar, salvo prueba en contrario, que la prestación de servicios lo sea por cuenta ajena. Ello supone la inclusión en el Régimen Especial de Autónomos del socio trabajador (aunque su participación sea ridícula o mínima) cuando, existiendo convivencia, sea pariente hasta el segundo grado:

- Del socio mayoritario.
- Del conjunto de la familia cuando posea la mayoría del capital social (no se requiere que al menos uno de los familiares sea por sí mismo socio con el control social).

Hay que tener en cuenta que la norma no exige que el socio mayoritario o los parientes próximos sean socios trabajadores, pueden ser simples socios no trabajadores (capitalistas) que poseen más del 50% del capital social, operando también en tal caso la presunción de control efectivo.

También puede existir el control efectivo de la sociedad por la combinación de circunstancias que por separado no alcanzan el tipo de la presunción *iuris tantum*. En concreto cuando, por separado, el socio trabajador no alcanza por su propia participación la tercera parte del capital o bien la cuarta parte cuando concurre con la atribución de funciones de dirección y gerencia, pero combinando tales circunstancias con el parentesco hasta el segundo grado y la convivencia con socios en una sociedad controlada por la familia, si que puede existir el control efectivo. Así, por ejemplo, un socio trabajador con el 30% del capital y su cónyuge (también trabajador) posee el 25%, o bien un socio trabajador con el 20% del capital siendo además administrador activo o alto directivo y su cónyuge titular del 30%. En ambos supuestos, ni la participación social ni la atribución de funciones de dirección o gerencia, por separado, hacen presumir el control efectivo, pero combinadamente con el parentesco y la convivencia hacen que la sociedad esté controlada por ellos dando lugar a que opere la presunción de control efectivo, debiendo encuadrarse ambos cónyuges en el Régimen Especial de Autónomos.

3. DEMOSTRACIÓN DEL CONTROL EFECTIVO POR LA ADMINISTRACIÓN.

Además de los supuestos señalados de presunción de control efectivo de la sociedad, se prevé que cuando no concurren dichas circunstancias, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad. Se invierte pues la carga de la prueba, ya que fuera de los supuestos legales en los que opera la presunción, es la propia Administración quien tiene que alegar y probar la posesión del control efectivo de la sociedad por parte del trabajador.

Esta posibilidad reconocida a la Administración puede crear una gran inseguridad jurídica. Entre la diversidad de supuestos que pueden darse de demostración por la Administración del control efectivo **cuando no opere la presunción *iuris tantum***, consideramos los siguientes:

1. Participación inferior al 25% del capital social, en función del porcentaje de los otros socios y del ejercicio de las funciones de dirección y gerencia.

Se refiere al supuesto de una sociedad anónima con gran dispersión del capital social y elevado número de socios, cuando un socio trabajador cuenta con menos del 25% del capital social (pero es el socio minoritario con mayor participación, es decir, la minoría mayoritaria), y además tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia por ser bien administrador activo o consejero ejecutivo, o bien alto directivo.

2. Vínculos familiares no comprendidos en la presunción:

- Socio trabajador pariente hasta el segundo grado de los socios, existiendo convivencia, en una sociedad participada por la familia, sin alcanzar la mitad del capital social, y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia: *vgr.* socio con menos del 25% del capital que sea administrador activo o alto directivo.
- Socio trabajador pariente de tercer grado (tío, sobrino, bisabuelo o bisnieto) de los socios, existiendo convivencia, en una sociedad controlada por la familia (que posea el 50% o más del capital) y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia: *vgr.* socio con menos del 25% del capital que sea administrador activo o alto directivo.
- Socio trabajador, pariente hasta el segundo grado de los socios, sin existir convivencia, en una sociedad controlada por la familia (que posea el 50% o más del capital) y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia: *vgr.* socio con menos del 25% del capital que sea administrador activo o alto directivo.

Hay que tener en cuenta que para la inscripción como empresa en la Seguridad Social de una sociedad mercantil capitalista, la Tesorería General de la Seguridad Social exige la presentación de la escritura de constitución de la sociedad que determina quiénes son los socios fundadores de la sociedad, su capital social, el porcentaje de participación en el capital social de los socios y si existe nombramiento de administrador activo o consejero ejecutivo. Pero de los cambios posteriores en los porcentajes de participación de los socios en el capital social la Tesorería General no tiene conocimiento de los mismos si no lo comunican voluntariamente los interesados. Y el dato del porcentaje de participación en el capital de un socio trabajador es fundamental pues por un mismo trabajo la persona que lo

desempeño, mediante la compra o venta de acciones, tiene que pasar de un Régimen a otro de Seguridad Social, según cuente en cada momento con mayoría o con una minoría importante de participación en el capital. Y también es determinante el porcentaje de participación de los demás socios, especialmente si son familiares hasta el segundo grado del socio trabajador.

1.4. Exclusión del sistema de la Seguridad Social.

Cuando el objeto de las sociedades mercantiles de capital no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino que se trate de la mera administración del patrimonio de los socios (tales como sociedades financieras o de administración de valores), tales socios, sean o no administradores, están excluidos del sistema de la Seguridad Social (la exclusión no afectaría al administrador activo o consejero ejecutivo no socio).

La Ley 50/1998 toma como punto de partida para la no procedencia de inclusión en ningún Régimen de Seguridad Social la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, que determina que, a los efectos del régimen de transparencia fiscal, serán sociedades de mera tenencia de bienes aquellas en las que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades empresariales o profesionales.

Partiendo de tal definición, se excluye del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social a los socios, sean o no miembros del órgano de administración, cuando el único objeto de la sociedad sea la mera administración del patrimonio personal de los socios, al considerarse que la exclusiva realización de tales tareas no constituye una actividad profesional relevante incluíble en el sistema.

Se trata de empresas financieras de administración de bienes o de valores. Se excluye del sistema al socio trabajador, en todo caso (sea o no administrador). Pero **no estarían excluidos**:

- Los simples trabajadores no socios con relación laboral (ordinaria o especial) que estarían encuadrados en el Régimen General.
- Los administradores activos o consejeros ejecutivos no socios retribuidos por el cargo, que se incluirían en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen General (sin protección por desempleo ni Fondo de Garantía Salarial), según posean o no el control efectivo de la sociedad (si sus familiares hasta el segundo grado, con los que convivan, alcanzan o superan el 50% del capital social).

2. Socios no trabajadores.

Están excluidos del sistema los socios no trabajadores, es decir, los socios que no realizan una actividad laboral en la sociedad titular de la empresa y por tanto no perciben retribución alguna, sino que sólo obtienen rendimientos de las acciones o participaciones que poseen (socios capitalistas). Se trata, pues, de socios no trabajadores, con control o sin control de la sociedad (por su propia participación mayoritaria en el capital o cuando su participación sumada a la de su familia alcanza o supera el 50% del capital), con derecho a percibir los rendimientos derivados de la tenencia de acciones o participaciones.

Pero el socio no trabajador puede ser nombrado **administrador activo y percibir una retribución por el desempeño del cargo**, en cuyo caso debe estar encuadrado:

- En el Régimen Especial de Autónomos si posee el control efectivo de la sociedad, bien por su participación del 25% o superior en el capital social o bien con una participación inferior al 25% si sumada a la participación de sus parientes hasta el segundo grado con los que conviva alcanza o supera el 50% del capital social.
- En el Régimen General de la Seguridad Social, sin protección por desempleo ni por Fondo de Garantía Salarial, en el caso de no poseer el control efectivo de la sociedad.

3. Trabajadores no socios.

La regla general es que los trabajadores no socios con relación laboral ordinaria o especial (prestación de servicios retribuidos en la empresa) están incluidos en el **Régimen General** de la Seguridad Social.

Pero la Ley 50/1998 establece que los trabajadores de la empresa, con relación laboral y sin ostentar la cualidad de socios, pueden quedar incluidos en el **Régimen Especial de Autónomos** por doble vía:

1. Por vía de la presunción *iuris tantum* del control efectivo, en el caso de que el trabajador no socio:
 - Sea pariente próximo (cónyuge o pariente hasta el segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción) y conviva con el socio mayoritario.
 - Trabaje para una sociedad controlada por su familia al disponer de la mitad o más del capital social, concurriendo los requisitos de ser parientes próximos y la convivencia.

La irracionalidad de esta regla es bien patente pues se alcanza a definir como socio con el control social a quien no dispone de una sola acción o participación social⁴, simplemente por el hecho de ser pariente próximo de uno o varios socios de una sociedad controlada por la familia al poseer la mayoría del capital social, siempre que conviva con ellos (es de destacar que el requisito de la convivencia constituye una novedad de la Ley 50/1998, pues no lo exigía la Ley 66/1997). Con esta norma el legislador pretende asimilar el trabajo de los familiares del empresario individual ocupados en su centro de trabajo (previsto en el art. 7.2 del TRLGSS, que para poderse apreciar exige el requisito de la convivencia) con el de los trabajadores no socios que son familiares de socios de una sociedad mercantil de capital en la que poseen el control social.

Esta regla nos parece totalmente fuera de lugar dado que no puede fácilmente comprenderse cómo un trabajador que no es socio de la sociedad pueda tener el control social. Pues una cosa es que el pariente pertenezca a una sociedad participada por su familia (en su condición de socio trabajador), en cuyo caso se aplica la presunción de control efectivo si la familia, en su conjunto, posee al menos el 50% del capital social. Y otra distinta es que el pariente trabaje para una sociedad controlada por su familia (como trabajador no socio), en cuyo caso resulta obvio que es totalmente ajeno a la toma de decisiones (al no ser socio), función que corresponde al Consejo de Administración o a la Junta General de Accionistas, órganos de los que no forma parte.

2. Por medio de la regla general de demostración por la Administración del control efectivo de la empresa por el trabajador no socio. Pues aunque no exista participación social podría la Administración probar el control efectivo en base a vínculos familiares no comprendidos en la presunción:

- Trabajador no socio pariente hasta el segundo grado de los socios, existiendo convivencia, en una sociedad participada por la familia, sin alcanzar la mitad del capital social, y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia (administrador activo o alto directivo).
- Trabajador no socio pariente de tercer grado (tío, sobrino, bisabuelo o bisnieto) de los socios, existiendo convivencia, en una sociedad controlada por la familia (que posea el 50% o más del capital) y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia (administrador activo o alto directivo).
- Trabajador no socio pariente hasta el segundo grado de los socios, sin existir convivencia, en una sociedad controlada por la familia (que posea el 50% o más del capital) y que además tenga atribuidas funciones de dirección y gerencia (administrador activo o alto directivo).

⁴ DE LA VILLA GIL, L.E., «Administradores sociales y seguridad social». *Tribuna Social*, núm. 88, abril 1998, pág. 16.

No obstante, el trabajador no socio puede quedar incluido en el **Régimen General sin protección por desempleo ni Fondo de Garantía Salarial** en el supuesto de que sea administrador activo sin control efectivo de la sociedad a través de parientes.

III. LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

Con carácter previo conviene señalar que el órgano de administración de las sociedades mercantiles capitalistas tiene conferido por ley la representación de la sociedad con las más amplias facultades, lo que, según reiterada jurisprudencia, incluye desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante de disposición (STS, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1994), lo que incluye las facultades de dirección y gerencia, cualquiera que sea la forma en que se estructure: Administrador único, Administradores mancomunados, Administradores solidarios o Consejo de Administración.

Cuando se ha optado por el Consejo de Administración, todos sus miembros ejercen colegiadamente las funciones de dirección y gerencia. Pero el Consejo puede delegar la totalidad de las facultades que no le están reservadas por ley en uno o varios de sus integrantes (Consejero/s Delegado/s, Comisión Ejecutiva), produciéndose una sustitución en el ejercicio de las funciones delegadas, que correspondían anteriormente a todo el Consejo, por los Consejeros que las han recibido por delegación. En este caso se admite que sólo los Consejeros Delegados o la Comisión Ejecutiva ejercen las funciones directivas o gerenciales, limitándose los Consejeros «delegantes» al ejercicio de funciones de deliberación, consulta y asesoramiento.

1. Los administradores activos o consejeros ejecutivos.

La jurisprudencia denomina administradores activos o consejeros ejecutivos (a los que también llama altos cargos societarios o administradores ejecutivos) a los que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios. Son, en definitiva, quienes asumen las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación de la sociedad mercantil capitalista. Tales funciones pueden desarrollarlas:

1. Los Administradores: único, mancomunados o solidarios; y
2. Los Consejeros receptores de la delegación de las facultades delegables del Consejo de Administración.

La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997 encuadraba en el Régimen Especial de Autónomos a los administradores activos o consejeros ejecutivos retribuidos bien por desempeñar el cargo (retribución mercantil) o bien como contraprestación de sus servicios realizados para la sociedad.

Conforme a la nueva regulación de esta materia contenida en el artículo 34.Uno de la Ley 50/1998, se asimilan a trabajadores por cuenta ajena y se incluyen en el **Régimen General con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial**, siempre que **no posean el control efectivo de la sociedad**, a:

1. LOS ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJEROS EJECUTIVOS, SEAN O NO SOCIOS, QUE PERCIBAN UNA RETRIBUCIÓN POR EL CARGO.

Como la protección que otorga el Sistema de la Seguridad Social en su nivel contributivo es de base profesional, comprendiendo en su campo de aplicación tan sólo a personas dedicadas a actividades profesionales lucrativas, la Ley 50/1998 incluye en el Régimen General (sin desempleo ni FOGASA) a los administradores y consejeros que además de realizar funciones directivas o gerenciales, perciben una remuneración como contraprestación por sus servicios, es decir, que perciben una retribución como tales administradores (que debe estar determinada en los Estatutos Sociales), excluyéndose así los servicios puramente amistosos u otros únicamente indemnizados como dietas o primas de asistencia.

Requisito esencial para que el administrador o consejero activo esté obligatoriamente incluido en el Régimen General es que sus servicios como órgano de administración o como delegado del Consejo con funciones directivas y gerenciales se presten con carácter retribuido, es decir, que el cargo sea retribuido (mediante cantidad fija, porcentaje, comisiones o participación en beneficios).

2. LOS ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJEROS EJECUTIVOS, SEAN O NO SOCIOS, RETRIBUIDOS POR SU CONDICIÓN DE TRABAJADORES POR CUENTA DE LA SOCIEDAD.

Comprende a los administradores o consejeros sociales con funciones de dirección y gerencia de la sociedad, aunque no sean remunerados por desempeñar tal cargo, si perciben una retribución por su condición de trabajadores (con relación laboral ordinaria o especial) por cuenta de la sociedad. De ello resulta que, aparte del ejercicio de funciones directivas o gerenciales, el dato o elemento fundamental es la remuneración por los servicios realizados.

En tales casos, la Ley 50/1998, a efectos de Seguridad Social, considera a los administradores sociales ejecutivos, cuando **no posean el control social** de forma directa (por su propia participación en el capital social) o de forma indirecta (a través de familiares hasta el segundo grado, con los que conviva, siempre controlen la sociedad por su participación mayoritaria en el capital social), como **asimilados a trabajadores por cuenta ajena y los encuadra en el Régimen General de la Seguridad Social sin protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial**.

En consecuencia, es exigible el alta en el Régimen General de los administradores y consejeros de sociedades mercantiles capitalistas cuando reúnan dos requisitos:

1. Que el cargo de administrador sea retribuido (con independencia de los posibles dividendos por su condición de socios) por el desempeño del mismo o por otra actividad de carácter laboral para la misma sociedad; y
2. Que ejerzan funciones directivas o gerenciales.

Por tanto, la pérdida de cualquiera de estas condiciones dará lugar a la inexigibilidad del alta en cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social (exclusión del Sistema). Como medios de prueba a estos efectos pueden ser (Resoluciones de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 5 y 9 de junio de 1998):

1. Para acreditar que no se percibe retribución: la aportación de los Estatutos Sociales en los que no se haga expresa mención del carácter retributivo del cargo.
2. Para acreditar que no se ejercen funciones directivas o gerenciales:
 - 1.º Bien la certificación del Registro Mercantil relativa a la inscripción de delegación plena de las facultades del Consejo -excepto las indelegables- en uno o varios de sus miembros; y
 - 2.º O bien cuando esta delegación no se haya producido, cualquier medio de prueba relativo al cese en la práctica del ejercicio de funciones directivas y demostrativa de que la presencia en el Consejo sea meramente honorífica (estando motivada por la relevancia que puede tener para la sociedad contar entre sus consejeros con alguna personalidad de reconocido prestigio), testimonial o de supervisión (la presencia en el órgano mercantil se limita al control del accionista sobre los Administradores que realmente dirigen la sociedad).

Pero si el administrador activo o consejero delegado posee el **control social**, queda obligatoriamente incluido en el **Régimen Especial de Autónomos**. Ello puede tener lugar en los siguientes supuestos:

- Por poseer una participación importante en el capital social (igual o superior al 25%).
- Por su participación indirecta (sea socio o no), a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva, que controlen la sociedad al poseer la mitad o más del capital social.

Y están **excluidos del Sistema de la Seguridad Social** los administradores activos o consejeros ejecutivos (sean socios o no) no retribuidos y los socios administradores activos en sociedades de administración del patrimonio de los socios.

2. Los administradores pasivos o consejeros no ejecutivos.

La jurisprudencia denomina administradores pasivos (a los que también llama consejeros externos o consejeros no ejecutivos) a aquellos cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los Consejos de Administración y a realizar funciones consultivas o de asesoramiento. Son, pues, los consejeros «delegantes» que se limitan a las funciones de deliberación, consulta y asesoramiento, en tanto que las funciones directivas y gerenciales se desarrollan por el/los consejero/s delegado/s o la Comisión Ejecutiva.

La exclusión expresa del Sistema de la Seguridad Social de los que ostentan pura y simplemente cargos de consejeros [a que se refiere el art. 1.2 c) del TRET], alcanza a los administradores pasivos, consejeros externos o consejeros no ejecutivos. Se entiende que al limitarse a meras funciones internas de deliberación y consejo, de tipo consultivo y que no se ejercen normalmente a título lucrativo, no constituyen actividad profesional relevante incluíble en el sistema. Pues aunque sean retribuidos por su actividad como miembros del órgano de administración, tal actividad no es un «trabajo» que implique la protección de la Seguridad Social en su nivel contributivo.

No obstante, el administrador pasivo o consejero no ejecutivo puede estar incluido en el Sistema pero no por esta condición, sino por la relación laboral que pueda tener concertada o su condición concurrente de socio trabajador.

Un supuesto específico lo constituye cuando el administrador pasivo (consejero «delegante») haya sido **apoderado por el Consejo de Administración** para «poder ejercitar todas las facultades del órgano de administración» lo que incluye las más amplias funciones de dirección y gerencia. A este respecto cabe señalar que el apoderamiento, según la mejor doctrina civilista, constituye un título de legitimación que habilita para la realización de una actividad jurídica relevante en interés de otro, teniendo la naturaleza de acto jurídico unilateral del que no resulta vínculo ni obligación para el apoderado. Frecuentemente el apoderamiento suele ser instrumental de otra relación jurídica a la que se superpone y a cuyo desenvolvimiento sirve, como puede ser un contrato de trabajo o un contrato mercantil, sin que dicho negocio jurídico introduzca modificación alguna sobre la relación de base, es decir, si la relación a la que sirve de instrumento es laboral el apoderamiento no trocará su naturaleza en mercantil, y viceversa. En resumen, a efectos de la relación jurídica de Seguridad Social no interesa el apoderamiento en sí, sino las funciones que gracias al mismo van a poder ejercitarse y la naturaleza de la relación preexistente a ese apoderamiento: laboral o mercantil.

En este caso, y teniendo en cuenta que desde el punto de vista del encuadramiento en la Seguridad Social, el vínculo mercantil con la sociedad y las funciones consultivas o de asesoramiento que desempeñan los consejeros «pasivos» son inoperantes y ni dan lugar a la inclusión en el Sistema ni modifican el Régimen que pueda corresponder por la realización de otra actividad para la misma sociedad, debe concluirse que el ejercicio por estos consejeros de funciones directivas o gerenciales gracias al apoderamiento recibido, cuando sean retribuidas, es constitutivo de una relación de carácter especial de alta dirección, que daría lugar a su alta en el Régimen General de la Seguridad Social (Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 9 de julio de 1998).

IV. EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La Ley 66/1997 dio una nueva redacción a la letra a) del apartado 2 del artículo 97 del TRLGSS, declarando obligatoriamente incluidos en el Régimen General al personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) del TRET, siempre que no forme parte del órgano de administración social, desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Pero el artículo 34.Uno de la Ley 50/1998 modifica, de nuevo, la redacción de dicha letra y apartado, disponiendo la inclusión expresa en el Régimen General de los trabajadores por cuenta ajena siempre que no posean el control social y, si forman parte del órgano de administración, que el ejercicio del cargo no conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad. En consecuencia, la nueva redacción no menciona expresamente al personal de alta dirección, sino al más genérico de «trabajadores por cuenta ajena» que comprende en general a todos los trabajadores vinculados por relación laboral tanto ordinaria como especial.

En consecuencia se incluyen en el **Régimen General** los altos directivos (trabajadores vinculados con la empresa por relación laboral especial de alta dirección) que presten servicios retribuidos para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en dos supuestos:

1. Cuando no formen parte del órgano de administración social, o bien estén integrados en dicho órgano como administradores pasivos o consejeros no ejecutivos, es decir, que no desarrollen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, sino únicamente meras funciones consultivas y de asesoramiento (asistencia a las reuniones de los Consejos de Administración y funciones internas de deliberación y consejo).
2. Cuando no posean el control efectivo de la sociedad de forma directa (por su propia participación importante en el capital social) o indirecta (a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva, siempre que posean la mitad o más del capital social).

Las funciones de los altos directivos se encuentran en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, que señala textualmente que «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que:

- Ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa.
- Relativos a los objetivos generales de la misma.
- Con autonomía y plena responsabilidad.
- Sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Existe pues una identidad de funciones entre el alto directivo y el órgano de administración de la sociedad. Así pues el ejercicio por el alto directivo de los poderes señalados con plena autonomía y responsabilidad es justamente el cometido de quienes ocupan los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas con funciones ejecutivas, es decir, de los administradores activos o consejeros ejecutivos.

De ahí que la Ley 50/1998 incluya en el Régimen General al personal de alta dirección cuando o bien no sea administrador de la sociedad o bien sea un administrador pasivo o consejero no ejecutivo (con funciones consultivas o de asesoramiento).

Pero el alto directivo debe estar obligatoriamente incluido en el **Régimen General con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial** cuando sea además administrador activo o consejero ejecutivo (socio o no) y no posea el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad.

Por último, el alto directivo debe estar encuadrado en el **Régimen Especial de Autónomos** cuando posea el control efectivo de la sociedad, bien por su participación importante en el capital social (igual o superior a la cuarta parte) o bien a través de familiares socios hasta el segundo grado con los que conviva y que en su conjunto posean la mitad o más del capital social.

V. LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Las sociedades laborales (anónimas y limitadas) son aquellas en las que la mayoría del capital social es propiedad de los socios que trabajan en la misma de forma personal y directa, percibiendo una retribución, y mediante una relación laboral ordinaria de carácter indefinido. Al hablar de estas sociedades surge la duda sobre si son o no sociedades mercantiles capitalistas. La respuesta es positiva, dado que en definitiva se trata de una sociedad constituida como anónima o de responsabilidad limitada que solicita ser calificada de laboral. Por tanto ya era una sociedad mercantil capitalista, siendo esto lo sustantivo y constituyendo el calificativo de laboral un adjetivo. Una especialidad de las sociedades laborales es que la participación de un socio está limitada, pudiendo ser como máximo la tercera parte del capital social.

El artículo 34.Tres de la Ley 50/1998 modifica el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, disponiendo que los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social (hasta un 33,3% como máximo), a efectos de Seguridad Social, se encuadran en el:

1. RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL CON PROTECCIÓN POR TODAS LAS CONTINGENCIAS.

Siempre que no sean administradores sociales o sean administradores pasivos o consejeros no ejecutivos (con funciones de deliberación, consulta y asesoramiento). En tal caso tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General (o en el Especial que corresponda por razón de su actividad -Agrario, Mar o Minería del Carbón-), quedando comprendidos en la protección por desempleo, y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial (si tales contingencias estuvieran previstas en el Régimen de que se trate).

2. RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL CON EXCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Los socios trabajadores se asimilan a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, sin desempleo ni Fondo de Garantía Salarial, en los siguientes supuestos:

- Cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente, a la sociedad mediante una relación laboral ordinaria o especial. Es decir, cuando el socio trabajador sea además administrador activo retribuido por el cargo.
- Cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad y, simultáneamente, estén vinculados a la misma mediante una relación laboral especial de alta dirección. Es decir, si el socio trabajador es simultáneamente alto directivo y administrador activo.

3. RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS.

No obstante lo anterior, debe estar incluido en el Régimen Especial de Autónomos cuando «su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que conviva alcance, al menos, el cincuenta por cien, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares». Es decir, cuando se dan los supuestos anteriores y el socio posee el control efectivo de la sociedad por la participación familiar mayoritaria en el capital social.

No acertamos a entender si la participación del socio junto con la de su familia próxima con la que conviva alcanza o supera la mitad del capital social (es decir, cuando la familia controla la sociedad), cómo puede acreditarse que el ejercicio del control social requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares. Quizá el legislador esté pensando en que esté nombrado un administrador activo ajeno a la familia que tenga una participación importante y que «de hecho» posea el control social.

VI. REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES (SOCIOS O NO) Y ADMINISTRADORES SOCIALES EN ORDEN A SU ENCUADRAMIENTO

La Ley 50/1998 considera como **debidas y correctas las altas** que se hubieran practicado y las **cotizaciones** a la Seguridad Social incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, con anterioridad al 1 de enero de 1998, respecto de los trabajadores (socios o no), de los administradores sociales y de los socios trabajadores de sociedades laborales.

Los interesados disponen del **plazo de tres meses** (hasta el 31 de marzo de 1999) para dirigir las **comunicaciones** que procedan a la Tesorería General de la Seguridad Social al objeto de regularizar su situación, si en dicho momento subsisten las circunstancias determinantes de un cambio de encuadramiento (*vgr.* pasar del Régimen General al Especial de Autónomos) o de situación (por ejemplo, quedar dentro del Régimen General pero sin desempleo ni FOGASA) en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Los efectos derivados del cambio de Régimen o de situación se retrotraen al 1 de enero de 1998. Pero en el caso de que durante 1998 el interesado haya causado alguna prestación a cargo de algún Régimen del Sistema de la Seguridad Social, los efectos del cambio se producirán a partir de la fecha en que hubiera finalizado el percibo de la prestación, si procediera tal cambio por incorporarse el interesado al mismo puesto de trabajo. Se refiere el supuesto, fundamentalmente, a cuando el trabajador haya iniciado un proceso por incapacidad temporal, en cuyo caso en la fecha en que tenga lugar la extinción de dicha situación y se reincorpore el interesado al mismo puesto de trabajo, es cuando se debe producir el cambio de Régimen o de situación.

Con la regla de considerar debidas las altas practicadas y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen, se da cobertura legal a las diversas situaciones que se hayan producido con anterioridad al 1 de enero de 1998 como consecuencia de las diferentes interpretaciones sobre el encuadramiento que en vía administrativa y judicial se han venido manteniendo del ordenamiento jurídico vigente hasta dicha fecha. Asimismo se resuelven definitivamente las dudas originadas en relación con el encuadramiento, la validez de las cuotas abonadas y la procedencia de las prestaciones percibidas, con independencia de la obligación de regularizar la situación durante el primer trimestre de 1999, mediante la oportuna comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social.

VII. CUADROS-RESÚMENES

CUADRO 1

SOCIOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS	
RÉGIMEN GENERAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando no sean administradores sociales. 2. Cuando sean administradores pasivos o consejeros no ejecutivos. <ul style="list-style-type: none"> • En ambos supuestos se exige que no posean un control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad.
RÉGIMEN GENERAL (sin desempleo y FOGASA)	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando el socio trabajador sea administrador activo o consejero ejecutivo retribuido siempre que no posea el control efectivo de la sociedad.
RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando posean un control efectivo de la sociedad: <ol style="list-style-type: none"> 1. En todo caso, cuando su participación en el capital social sea igual o superior al 50%. 2. Se presume <i>iuris tantum</i> el control efectivo en los siguientes supuestos: <ul style="list-style-type: none"> – Participación en el capital social del 33,3% o superior. – Participación en el capital social del 25% o superior, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad (administrador activo o alto directivo). – Sociedades participadas por la familia si, en su conjunto, posee la mitad o más del capital social. 3. Cuando la Administración demuestre, por cualquier medio de prueba, que el trabajador posee un control efectivo de la sociedad.
EXCLUSIÓN DEL SISTEMA	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando el objeto de la sociedad sea la mera administración del patrimonio de los socios, sean o no administradores.

CUADRO 2

SOCIOS NO TRABAJADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS	
EXCLUSIÓN DEL SISTEMA	<ul style="list-style-type: none"> • Los socios capitalistas con control o sin control de la sociedad, que únicamente perciben los rendimientos de sus acciones o participaciones.
RÉGIMEN GENERAL (sin desempleo y FOGASA)	<ul style="list-style-type: none"> • Si es administrador activo retribuido por el cargo, siempre que no posea el control efectivo de la sociedad.
RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<ul style="list-style-type: none"> • Si es administrador activo retribuido por el cargo y posee el control efectivo de la sociedad (por su participación del 25% o superior o bien mayoritaria a través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva).

CUADRO 3

TRABAJADORES NO SOCIOS DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS	
RÉGIMEN GENERAL	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajadores no socios con relación laboral ordinaria o especial.
RÉGIMEN GENERAL (sin desempleo y FOGASA)	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajadores no socios con relación laboral ordinaria o especial, que sean además administradores activos sin control efectivo de la sociedad.
RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajadores no socios con relación laboral ordinaria o especial, que posean el control efectivo de la sociedad a través de familiares socios con los que convivan que tengan la mitad o más del capital social.

CUADRO 4

ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS		
ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJE- ROS EJECUTIVOS	Régimen General (sin desempleo y FOGASA)	Sin control efectivo de la sociedad y retribuidos: <ul style="list-style-type: none"> • Por el desempeño del cargo. • Por su condición de trabajadores por cuenta de la sociedad.
	Régimen Especial de Autónomos	Con control efectivo de la sociedad: <ul style="list-style-type: none"> • Por su participación igual o superior al 25% del capital. • A través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva y posean la mitad o más del capital social.
ADMINISTRADORES PASIVOS O CONSEJE- ROS NO EJECUTIVOS	Están excluidos del sistema de la Seguridad Social por esta condición, al no realizar una actividad profesional relevante a título lucrativo (funciones consultivas o de asesoramiento).	

CUADRO 5

PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN	
RÉGIMEN GENERAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando no sea administrador social. 2. Cuando sea administrador pasivo o consejero no ejecutivo (funciones consultivas y de asesoramiento). <ul style="list-style-type: none"> • En ambos supuestos se exige que no posean un control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad.
RÉGIMEN GENERAL (sin desempleo y FOGASA)	Cuando sea además administrador activo o consejero ejecutivo y no posea el control efectivo, directo o indirecto, de la sociedad.

CUADRO 5 (continuación)

PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN	
RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<p>Cuando sea además administrador activo o consejero ejecutivo y posea el control social:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Por su participación igual o superior al 25% del capital. • A través de familiares hasta el segundo grado con los que conviva y posean la mitad o más del capital social.

CUADRO 6

SOCIOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES LABORALES	
RÉGIMEN GENERAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando no sean administradores sociales. 2. Cuando sean administradores pasivos o consejeros no ejecutivos (funciones consultivas y de asesoramiento).
RÉGIMEN GENERAL (sin desempleo y FOGASA)	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando sean además administradores activos o consejeros ejecutivos, retribuidos por el desempeño del cargo.
RÉGIMEN ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando su participación en el capital social junto con la de sus parientes hasta el segundo grado con los que conviva alcance o supere el 50%, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares.