

DAMIÁN BENEYTO CALABUIG

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Extracto:

ESTE comentario aborda el problemático tema de los socios trabajadores y los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas (anónimas y de responsabilidad limitada) y la Seguridad Social, que, por fin ha zanjado la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su disposición adicional cuadragésima tercera.

De una parte se exponen las diferentes interpretaciones que en vía administrativa y judicial se han venido manteniendo sobre el Régimen de Seguridad Social aplicable a estos colectivos, y la situación de gran inseguridad jurídica que han originado. Y de otra se analiza la nueva regulación introducida por la Ley 66/1997 por la que los socios trabajadores y los administradores sociales se encuadran en el Régimen General o en el Especial de Autónomos en función de tres parámetros:

1. Si poseen un control efectivo de la sociedad.
2. Si realizan funciones ejecutivas de dirección o gerencia, y
3. Si sus funciones se limitan a la consulta, deliberación y asesoramiento de la sociedad.

Asimismo se analiza la situación especial en que se encuentra el personal de alta dirección.

A través de estas páginas 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 resumen para facilitar su comprensión.

Sumario:

Introducción.

I. Los socios trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas.

1. Antecedentes.

1.1. Exclusión del Sistema de la Seguridad Social.

1.2. Régimen General de la Seguridad Social.

1.3. Régimen Especial de Autónomos.

2. Regulación actual. La Ley 66/1997.

2.1. Régimen General de la Seguridad Social.

2.2. Régimen Especial de Autónomos.

2.3. Exclusión del Sistema de la Seguridad Social.

II. Los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas.

1. Los administradores activos o consejeros ejecutivos.

1.1. Antecedentes.

1.2. Regulación actual. La Ley 66/1997.

2. Los administradores pasivos o consejeros no ejecutivos.

III. El personal de alta dirección.

IV. Regularización de la situación de los socios trabajadores y administradores sociales.

V. Cuadros resumen.

INTRODUCCIÓN

El tema de los socios trabajadores y de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas (administrador único, administrador solidario, consejero delegado, presidente ejecutivo, etc.) y la Seguridad Social no ha sido pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia. 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 el supuesto de concurrencia de funciones de alta dirección con funciones de administración social, es decir, cuando el alto directivo es además administrador de la sociedad.

A nivel normativo, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (**en adelante TRET**), en su artículo 1.3.c) excluye expresamente de su ámbito de aplicación «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Por su parte, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (**en adelante TRLGSS**), en su artículo 97.2.a) declara, en su redacción anterior a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, expresamente incluidos en el Régimen General al «personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores».

En este estudio nos referimos exclusivamente a los socios trabajadores, a los administradores de sociedades y a los altos directivos, pero sólo de las sociedades mercantiles capitalistas. 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, a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y a los socios trabajadores de las sociedades laborales (1), que se rigen por su normativa específica. En definitiva vamos a referirnos al Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios trabajadores, a los altos directivos y a los miembros de los órganos de administración de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada.

(1) La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (anónimas y limitadas), establece en su artículo 21 que «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas».

I. LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

1. Antecedentes.

La doctrina jurisprudencial en el tema de los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas y su encuadramiento en la Seguridad Social, ha venido señalando lo siguiente:

1.1. Exclusión del Sistema de la Seguridad Social.

El socio simple o capitalista, es decir aquel que se limita a aportar capital a la sociedad sin prestar ningún trabajo profesional a la misma, sino únicamente los cometidos derivados de su condición de socio, está excluido del Sistema de la Seguridad Social, y ello con independencia de su participación mayor o menor en el capital social. Al no realizar una actividad profesional a título lucrativo, no puede estar incluido en el Sistema.

1.2. Régimen General de la Seguridad Social.

Se incluye en el Régimen General el **socio minoritario** (que posee menos del 50% de las acciones o participaciones sociales) que preste servicios retribuidos por cuenta de la empresa tanto mediante una relación laboral ordinaria como una relación laboral especial de alta dirección, pues concurren en él los dos requisitos fundamentales: la ajenidad y la dependencia o subordinación.

1.3. Régimen Especial de Autónomos.

Se incluyen en el Régimen Especial de Autónomos los siguientes socios trabajadores:

1. El **socio mayoritario**: se considera que al poseer más del 50 por 100 del capital social, no es un trabajador por cuenta ajena al no existir ajenidad ni, menos, dependencia, por lo que su relación con la empresa no puede ser calificada de laboral ordinaria ni de laboral especial, sino de relación mercantil. Se considera como un trabajo por cuenta propia ya que el fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía del beneficio o por vía del incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio.

Al ser el propio socio mayoritario quien ocupa la titularidad de la sociedad desaparece la nota de ajenidad, porque dado el control del capital social, se confunde la personalidad del socio y la de la sociedad, impidiendo que la actividad desarrollada por el mismo sea considerada por cuenta ajena.

2. El **socio paritario**, que es el que posee el 50 por 100 de las acciones o participaciones sociales. Se asimila a socio mayoritario negándose la existencia de relación laboral.
3. El **socio de una sociedad familiar**, o de una sociedad participada por la familia, siempre que los distintos miembros del grupo familiar tengan la totalidad o la mayoría del capital social y cierren la entrada de socios no familiares al limitar la transmisión de acciones sometiéndola a la previa notificación a los socios y al derecho de adquisición preferente de éstos. (TS 15 abril 1985 y TSJ País Vasco 30 mayo 1997). En este supuesto no concurren las notas de ajenidad y dependencia, asimilándose, a estos efectos, a socio mayoritario.

2. Regulación actual. La Ley 66/1997.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su disposición adicional cuadragésima tercera da una nueva redacción a la letra k) del apartado segundo del artículo 97 del TRLGSS e introduce la nueva disposición adicional vigésima séptima del propio TRLGSS, estableciendo una novedosa regulación del encuadramiento en la Seguridad Social de los socios-trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas.

2.1. 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).

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, o por cualquier otro medio, pues en tal caso el Régimen de Seguridad Social que corresponde es el Especial de Autónomos. Y por control efectivo de la sociedad se entiende lo que se expone en el punto siguiente.

2.2. Régimen Especial de Autónomos.

Se incluyen en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los socios trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada siempre que posean un **control efectivo de la sociedad** por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio.

Resulta pues fundamental precisar lo que se entiende por control efectivo de la sociedad. A este respecto la Ley 66/1997 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 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 66/1997 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. Tales supuestos son los siguientes:

1. Sociedades familiares que posean la mitad o más del capital social.

Cuando preste servicios para una sociedad familiar (socios con quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado), que posea la mitad o más del capital social, se presume el control efectivo.

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.

Obviamente, esta presunción no opera respecto al resto de los socios trabajadores no unidos por vínculos familiares.

2. Sociedades en las que únicamente prestan servicios los socios, cualquiera que sea su participación en el capital.

Cuando se trata de empresas en las que únicamente prestan servicios quienes tengan la condición de socios, cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad, título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

Se trata de sociedades, generalmente de pequeña dimensión económica, en las que únicamente prestan servicios los propios socios donde su aportación de trabajo y reparto de las ganancias constituye un elemento esencial del vínculo social (2).

3. Participación en el capital social del 33'3 por 100 o superior, si en la empresa prestan servicios personas que no tengan la condición de socios.

La regla general, sin que se admita prueba en contrario, es que la participación igual o superior al 50 por 100 del capital social implica un control efectivo de la sociedad. Pero la Ley 66/1997 fija en la tercera parte del capital social el porcentaje de participación a partir del cual se considera que existe tal control cuando en la empresa prestan también servicios personas que no tienen la condición de socios.

Pero 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.

4. Participación en el capital social del 25 por 100 o superior si realiza funciones de alta dirección y en la empresa prestan servicios personas que no tengan la condición de socios.

Cuando el socio realiza funciones de gerencia y dirección de la sociedad propias de la relación laboral especial de alta dirección pero tiene una importante participación en el capital social (igual o superior a la cuarta parte), y en la empresa prestan servicios personas que no tienen la condición de socios, opera la presunción de control efectivo de la sociedad, determinando que se desdibuje la ajenidad y dependencia propias de la relación laboral.

(2) La Ley 66/1997 recoge la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia del TS de 6 de junio de 1990 relativa a que en sociedades de pequeña dimensión económica suele darse la circunstancia de que la finalidad social no se halla limitada a la aportación del capital expresada en la suscripción de acciones, sino que se extiende, con un carácter económicamente predominante para la caracterización general de la relación a la aportación de trabajo o industria, aportación que, como tal, no es objeto de una retribución independiente, sino que constituye un título para el reparto igualitario de las ganancias sociales, constituyendo, por tanto, un elemento esencial del vínculo social, impidiendo la apreciación de la nota de ajenidad en el trabajo prestado por los socios.

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 en 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.

2.3. 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, éstos, sean o no administradores, están excluidos del Sistema de la Seguridad Social.

La Ley 66/1997 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 de 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.

II. LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

1. Los administradores activos o consejeros ejecutivos.

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.

El problema radica en determinar si los administradores activos o consejeros ejecutivos, que son los que asumen el gobierno permanente de las sociedades por acciones, están o no incluidos en el Sistema de la Seguridad Social y, en caso afirmativo, cuál es el Régimen de encuadramiento que les corresponde.

1.1. Antecedentes.

En orden al encuadramiento de los administradores activos en la Seguridad Social es donde la doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio radical, distinguiéndose **cinco etapas** claramente diferenciadas, aplicándose criterios distintos:

A) CRITERIO FUNCIONAL.

Inicialmente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, para calificar la relación existente venía aplicando el **criterio funcional**, que atiende a los trabajos o funciones asignados, para decidir que la relación es laboral si exceden o van más allá de los propios de los meros cargos consejeros consolidando la doctrina general de que «aquellos que actúen como administradores, directores o gerentes de una sociedad anónima, aunque sean socios de la misma e incluso tengan carácter familiar y desarrollen funciones que no se contraigan exclusivamente a las propias de los consejeros, han de considerarse que prestan servicios por cuenta ajena pues repercuten en favor de una persona jurídica distinta y como tales quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social» (Sentencias de 9 febrero, 25 octubre, 19 y 28 diciembre 1990, y 18 febrero 1992).

B) CRITERIO DEL VÍNCULO.

Frente al criterio anterior, en el año 1992 se alza la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 27 de enero de 1992, dictada en unificación de doctrina, establece el **criterio del vínculo** que atiende no a los trabajos o funciones desarrollados sino a la índole del vínculo en que se desempeñan, según exista o no sumisión al círculo de organización y dirección. Esta sentencia establece la siguiente doctrina:

- Las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad (funciones directivas y ejecutivas) son actividades propias y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, no limitándose a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación.
- Las funciones ejecutivas de dirección y gerencia que corresponden al órgano de administración de la sociedad, son idénticas a las del alto directivo.
- Los miembros del órgano de administración de la sociedad pueden desarrollar sólo funciones consultivas (de deliberación, orientación y consejo) o también funciones ejecutivas de dirección y gerencia que se ejercen directamente o mediante delegación interna.
- Por todo ello «cuando se ejercen funciones gerenciales lo que determina la calificación de la relación, como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones, sino **la naturaleza del vínculo y la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad**, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral».

En base a esta doctrina jurisprudencial del vínculo, y teniendo en cuenta que en la sentencia no se aborda en concreto el problema de la inclusión de tales personas en un determinado Régimen de Seguridad Social, sino únicamente la existencia o no de relación laboral, 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**, determinan el Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios, según si trabajan personalmente en la sociedad, desempeñan funciones propias de los órganos de administración, y en este último supuesto, si ejercen únicamente funciones consultivas (de deliberación y consejo) o también funciones ejecutivas de dirección y gerencia.

Tres son las ideas básicas contenidas en la Resolución y Circular citadas y que conforme a las mismas determinan los distintos supuestos y el Régimen de Seguridad Social que corresponde:

1. Las funciones que corresponden al órgano de administración de la sociedad (de dirección, gestión, administración y representación) son idénticas a las del alto directivo.
2. Los miembros del órgano de administración de la sociedad pueden desarrollar sólo funciones consultivas (de deliberación, orientación y consejo) o también funciones ejecutivas de dirección y gerencia que se ejercen directamente o mediante delegación interna.
3. La actividad gerencial se puede ejercer:
 - a) Por un miembro del órgano de administración que ejerce las facultades del órgano, bien directamente o mediante delegación interna,
 - b) Por delegación del órgano de administración, en un consejero-delegado (por delegación de facultades), o en un gerente o director general (por apoderamiento), y
 - c) Por un alto directivo en virtud de apoderamiento del órgano de administración.

En las mismas se determina que los socios administradores de las sociedades (administrador único, administrador solidario, etc.) o delegados del órgano de administración (presidente ejecutivo, consejero-delegado, etc.) que realizan funciones ejecutivas, al no existir relación laboral, deben estar incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Posteriormente la Tesorería General de la Seguridad Social en **Circular núm. 5-023, de 28 de mayo de 1995**, ha contemplado el supuesto de los administradores únicos de sociedades mercantiles capitalistas, que son, en realidad, propietarios de la empresa por su participación mayoritaria en el capital social, pero que tienen encomendadas sus labores de explotación, gestión y dirección del negocio a un tercero, limitándose a controlar y fiscalizar el buen funcionamiento de la empresa, es decir, limitando su actividad a la mera titularidad del negocio. En este supuesto, la Tesorería General considera que esta actividad de «meros titulares» de los administradores únicos no da lugar a la inclusión en Régimen alguno del Sistema de la Seguridad Social, por estimar que no realizan un trabajo habitual y personal en la empresa, siempre que quede perfectamente acreditado que no hay presencia física habitual en la sede social y que la explotación ha sido encomendada a terceros.

C) EXCLUSIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El criterio del vínculo era el que se venía aplicando en orden al encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores societarios, hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) que en Sentencias de 4, 6 y 12 de junio de 1996, 17 de julio de 1996 y 24 de enero de 1997, dictadas en unificación de doctrina, aborda concretamente el tema de la Seguridad Social de tales administradores, y considera que:

1. La Resolución y Circular citadas carecen de fuerza normativa y no son fuentes del Derecho.
2. La relación entre el socio administrador y la sociedad es de naturaleza mercantil, estando por tanto excluida del ámbito laboral.
3. Los administradores sociales no cumplen la condición de trabajadores por cuenta propia, sino que lo hacen por cuenta de la sociedad para la que desarrollan su actividad, pues «de ella reciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de resultados».
4. Tales administradores no pueden ser encuadrados en el Régimen Especial de Autónomos, pues tal Régimen «no incluye en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión de naturaleza mercantil en las sociedades de capital».

En consecuencia a raíz de estas importantes sentencias, la situación de los administradores sociales es la siguiente:

1. No son trabajadores por cuenta ajena, por lo que no procede el Régimen General,
2. Tampoco son trabajadores por cuenta propia, no procediendo su encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y
3. Al ser su relación de naturaleza mercantil y no poder ser considerados trabajadores por cuenta ajena ni propia, la conclusión a la que se llega es que tales administradores **están excluidos del Sistema Español de Seguridad Social.**

D) INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL O EN EL ESPECIAL DE AUTÓNOMOS SEGÚN SU PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL.

En 1997, y quizás confundiendo aún más la situación, la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala General) de 29 de enero de 1997**, dictada en unificación de doctrina, establece que los administradores sociales ejecutivos están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, pero si, a la vez, su participación es mayoritaria en el capital social procede su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Este criterio ha sido asumido en Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina, de fechas 30 de enero, 6 de febrero, 4 de marzo, 14 de abril, 26 de mayo y 3 de julio de 1997. Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha adherido a este criterio en sus Sentencias de 23 de mayo, 15 de julio y 19 de septiembre de 1997.

La Sentencia citada, de 29 de enero de 1997, llega a tal conclusión al entender que los administradores sociales activos o ejecutivos, en cuanto tales, pese a no ser calificados como asalariados o titulares de un contrato de trabajo (ni ordinario, ni especial), están incluidos, en cuanto «asegurados», en el Régimen General de la Seguridad Social.

Y ello es así por cuanto la sentencia aprecia en los administradores sociales ejecutivos una situación jurídica similar a la de los trabajadores asalariados, al considerar que si en los administradores falta la nota de subordinación o dependencia, sí concurre la nota de ajenidad, pues trabajan por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno les está encomendado, es decir, por cuenta de la sociedad para la que desarrollan su actividad, ejerciendo funciones de gobierno y llevando a cabo los acuerdos y objetivos sociales.

Pero cuando el administrador social activo o ejecutivo, sea a la vez socio de la sociedad y cuente con una participación en el capital social (vía acciones, vía participaciones) igual o superior al 50 por 100, es decir, cuando se trate de socio mayoritario-administrador social, procede su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Pues considera tal sentencia (Fundamento Jurídico Sexto) que «en el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de ajenidad y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia», ya que «el fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía del beneficio o por vía del incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio».

Esta doctrina que determina la inclusión en el Régimen Especial de Autónomos o en el General del socio administrador activo, en función de que su participación en el capital social sea o no mayoritaria, puede causar disfunciones en orden al encuadramiento en la Seguridad Social. Pues por un mismo trabajo, el de administrador social ejecutivo, la persona que lo desempeñe, 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 minoría participativa en el capital de la sociedad.

E) LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Un problema sobreañadido al del encuadramiento ha venido siendo el de si los administradores sociales con una participación inferior al 50 por 100 en el capital social e incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, tienen o no derecho a la prestación por desempleo.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997, dictada en unificación de doctrina, determina que los administradores de sociedades mercantiles de capital que carecen de participación en el capital social o la que tienen no alcanza el 50 por 100 del mismo, aunque estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General (por aplicación de la doctrina sentada por la Sentencia del TS de 29 de enero de 1997), **no tienen derecho a la prestación por desempleo.**

La citada sentencia sienta la doctrina de que aunque sean trabajadores por cuenta ajena y estén encuadrados en el área de actuación del Régimen General, dentro de cuyo ámbito está incluida la protección por desempleo, el vínculo de su prestación de servicios no está comprendido en el radio

de acción del Derecho del Trabajo, no siendo de naturaleza laboral sino mercantil societaria. No prestan su trabajo en régimen de dependencia pues en ellos se encarna el poder de dirección de la empresa, son el órgano societario en el que se asientan las facultades rectoras o de mando, ejecutivas y gestoras que le son propias, la remuneración que perciben los administradores no es un salario, y no se rigen por la normativa laboral.

La finalidad esencial de la prestación de desempleo es la de cubrir la pérdida de las rentas salariales, por la extinción o suspensión de una relación laboral sometida al Derecho Laboral.

La sentencia llega a la conclusión de que los administradores de las sociedades mercantiles de capital, aunque son trabajadores por cuenta ajena, no son trabajadores asalariados, por lo que la remuneración que puedan percibir por el desempeño de su actividad no constituye, en ningún caso, una renta salarial, y aunque se incardinan en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, no tienen derecho a las prestaciones por desempleo.

F) CONCLUSIONES. LA LEY 24/1997.

Estos cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial han producido una gran inseguridad jurídica en materia de administradores societarios y Seguridad Social, siendo evidente la imperiosa necesidad de un **cambio normativo** que los incluya expresamente en un determinado Régimen de Seguridad Social, bien en el Especial de Autónomos o bien en el Régimen General pero excluyéndolos en este caso de la protección (y cotización) por desempleo, dado que el derecho o no a tal prestación es lo que ha originado la situación de inseguridad jurídica.

Con el objeto de resolver de forma definitiva la cuestión de los administradores sociales y la Seguridad Social y terminar de una vez con la inseguridad jurídica existente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, en su disposición adicional segunda ordena al Gobierno para que, a lo largo del ejercicio de 1997, proceda a regular el encuadramiento de los socios-trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas dentro del Sistema de la Seguridad Social.

El mandato de la Ley 24/1997 es claro: la inclusión expresa en algún Régimen de Seguridad Social de los administradores activos o ejecutivos y mediante una norma con rango jerárquico adecuado como es el Real Decreto.

1.2. Regulación actual. La Ley 66/1997.

La regulación del encuadramiento de los administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se ha producido dentro del año 1997 (dentro del plazo señalado en la Ley 24/1997) y además mediante una norma de mayor rango jerárquico como es la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que en su disposición adi-

cional cuadragésima tercera introduce la nueva disposición adicional vigésima séptima del propio TRLGSS, estableciendo una distinta regulación del encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas.

Se incluyen obligatoriamente en el **Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos**:

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

Se refiere a quienes presten servicios retribuidos para las sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración, siempre que su actividad en el mismo no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento (deliberantes), sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad.

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 66/1997 incluye en el Régimen Especial de Autónomos a los administradores 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, excluyéndose así los servicios puramente amistosos u otros únicamente indemnizatorios como dietas o primas de asistencia.

2. LOS ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJEROS EJECUTIVOS, SEAN O NO SOCIOS, CON OTRO TIPO DE CONTRAPRESTACIÓN POR SUS SERVICIOS.

Comprende a los administradores sociales con funciones de dirección y gerencia de la sociedad, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, los cuales, de no concurrir con funciones de administración social hubieran podido calificarse de relación laboral común o especial.

El supuesto se refiere a los administradores activos o consejeros ejecutivos, sean o no socios, sin retribución fija (porque el cargo aparezca estatutariamente como no retribuido), que, al propio tiempo, presten servicios para la sociedad como altos directivos (relación laboral especial) o como trabajadores ordinarios (relación laboral común), percibiendo una remuneración por esta condición o actividad.

En este caso, la Ley 66/1997 excluye del ámbito laboral a los administradores sociales ejecutivos, al determinar que en caso de concurrencia de tales funciones con una relación laboral común o de alta dirección, predomina el vínculo mercantil societario sobre el laboral, por lo que su Régimen de Seguridad Social de encuadramiento debe ser el Especial de Autónomos.

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.

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. 1.3.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.

III. EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La Ley 66/1997 da una nueva redacción a la letra a) del apartado 2 del artículo 97 del TRLGSS, por la que declara 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.

En consecuencia se incluyen en el **Régimen General** los altos directivos 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).

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 66/1997 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). Y lo excluye del Régimen General (y lo remite al Régimen Especial de Autónomos) cuando el alto directivo sea además administrador activo o consejero ejecutivo, es decir, con funciones de dirección y gerencia de la sociedad, al considerar que en tal caso queda excluido de la legislación laboral, por prevalecer el vínculo societario sobre el laboral, estimándose su relación de naturaleza mercantil societaria.

IV. REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS SOCIOS TRABAJADORES Y ADMINISTRADORES SOCIALES

La Ley 66/1997 considera como **debidas y correctas las altas** que se hubieran practicado y las **cotizaciones** ingresadas en el cualquier Régimen de la Seguridad Social (incluidos los conceptos de recaudación conjunta: desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional), con anterioridad al 1 de enero de 1998, respecto de los socios-trabajadores y administradores sociales.

En estos casos se aplican las normas sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social a efectos del reconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Los socios-trabajadores y los administradores disponen del **plazo de un año** (durante 1998) para realizar las **comunicaciones** necesarias a la Tesorería General de la Seguridad Social al objeto de regularizar su situación. Si tal comunicación se efectúa en plazo, los cambios de encuadramiento que deban efectuarse tendrán efectos desde el 1 de enero de 1998.

Si las comunicaciones citadas se efectúan transcurrido dicho plazo, los efectos del cambio de encuadramiento se producirán desde la fecha que fije la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, desde el último día del mes de su notificación.

Con esta 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 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 año 1998, mediante la oportuna comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social.

V. CUADROS RESUMEN

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 de la sociedad por su participación directa o indirecta en el capital social, o por cualquier otro medio.
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 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"> – Cuando preste servicios para una sociedad familiar que posea la mitad o más del capital social. – Cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, cuando se trate de empresas en las que únicamente presten servicios los propios socios. – Cuando su participación en el capital social sea del 33'3% o superior, si en la empresa prestan servicios personas que no tengan la condición de socios. – Cuando su participación en el capital social sea del 25% o superior, si realiza funciones de dirección y gerencia de la sociedad. 3. Cuando la Administración demuestre, por cualquier medio de prueba, que el trabajador posee un control efectivo de la sociedad.
EXCLUSIÓN DEL SISTEMA	<p>Cuando el objeto de la sociedad sea la mera administración del patrimonio de los socios, sean o no administradores.</p>

CUADRO 2

ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS	
ADMINISTRADORES ACTIVOS O CONSEJEROS EJECUTIVOS	<p>Se incluyen en el Régimen Especial de Autónomos los administradores sociales que realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando perciban una retribución fija, sean o no socios. 2. Con otro tipo de contraprestación por sus servicios, sean o no socios.
ADMINISTRADORES PASIVOS O CONSEJEROS NO EJECUTIVOS	<p>Se limitan a participar en las reuniones del Consejo de Administración y a realizar funciones consultivas o de asesoramiento.</p> <p>Están excluidos del Sistema de la Seguridad Social, al no realizar una actividad profesional relevante a título lucrativo.</p>

CUADRO 3

PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN	
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 ESPECIAL DE AUTÓNOMOS	<p>Cuando sean además administrador activo o consejero ejecutivo, al prevalecer en tal caso el vínculo societario sobre el laboral.</p>