

SOFÍA BELTRÁN MIRALLES

*Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo. Universidad
Rovira i Virgili de Tarragona*

FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ ICART

Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1998

Extracto:

A través de este estudio se ha efectuado un pormenorizado análisis jurídico positivo de las modificaciones legislativas operadas por la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuanto al Régimen de la Seguridad Social aplicable a los socios trabajadores y administradores sociales de las sociedades mercantiles capitalistas.

Enquadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y de los administradores de sociedades de capital, que ha suscitado la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, siendo una de las cuestiones más inciertas y complejas a la vista de la situación normativa imperante, por lo que este trabajo va analizando y desmenuzando de forma rigurosa la nueva regulación introducida, teniendo en cuenta los criterios y pautas que al respecto venían marcando la práctica administrativa y jurisdiccional, aportando una singular interpretación de todos y cada uno de los supuestos normativos, profundizando y haciendo especial hincapié en el nuevo marco de los administradores sociales, y de la configuración concreta del control efectivo de los socios trabajadores.

Estudio de gran importancia para asimilar el inminente cambio que se avecina en el próximo Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 1999 (entrada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha 9 de octubre de 1998), que modifica esencialmente el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los administradores sociales con participación mayoritaria o minoritaria, volviéndose al criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo de 6 de febrero, 14 de marzo, 11 de noviembre de 1997, es decir, administrador con participación minoritaria en la empresa encuadrado en el Régimen General y administrador con participación paritaria o mayoritaria en el RETA.

Sumario:

- I. Aspectos introductorios.
 1. Breve evolución legal y jurisprudencial del encuadramiento de los administradores y socios trabajadores.
 2. La necesidad del desarrollo legislativo.
 3. Las modificaciones en el Régimen General.

- II. El encuadramiento en el RETA de los administradores sociales y socios trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas.
 1. Sociedades mercantiles capitalistas. Especial referencia a la problemática de las sociedades laborales.
 2. El encuadramiento de los administradores sociales.
 - 2.1. Los administradores activos propios.
 - 2.2. Los administradores activos impropios.
 3. Socios trabajadores con control efectivo.
 - 3.1. La presunción *iuris et de iure*.
 - 3.2. Las presunciones *iuris tantum*.
 - 3.3. La prueba del control efectivo por la Administración.

- III. Las zonas de exclusión del sistema.
 1. Los administradores pasivos.
 2. Los socios de las sociedades de mera administración de su patrimonio.

- IV. El cambio de encuadramiento.

- V. A modo de conclusión.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Una de las materias que ha suscitado un debate más intenso en el ámbito de la Seguridad Social ha sido el encuadramiento de los administradores y socios trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas ¹, que tuvo un primer momento de debate a raíz de la interpretación jurisprudencial que derivó de la entrada en vigor del Real Decreto 1382/1985, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección, recogidos en la Circular de la Tesorería General del año 1992 ²; y un segundo momento todavía más intenso, con los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) que se suceden desde 1996, que cambian el criterio inicialmente establecido.

La intervención normativa se hacía necesaria en una materia que se presentaba harto confusa y con grandes dosis de inseguridad jurídica ³, especialmente tras ponerse en tela de juicio por el TS tanto la unidad del concepto de trabajador establecido en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) ⁴ como la validez del desarrollo de la delegación legislativa concedida al ejecutivo para la redacción del Texto Refundido de la LGSS de 1994, por exceso, que se concretaba en la redacción del artículo 97.2 a) de la LGSS ⁵.

¹ MARTÍNEZ MORENO, C.: «El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores de las sociedades de capital», Edit. La Ley-Actualidad, *Rev. Derecho de los Negocios*, núm. 89. 1998. Pág. 1.

² Resolución de 23 de junio de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y Circular núm. 2-034 de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992.

³ La necesidad de pronunciamiento normativo expreso había sido reclamada como imprescindible por gran parte de la doctrina, *vid.*, entre otros, BORRAJO DACRUZ, E. «Administradores sociales y Seguridad Social Pública: un nuevo caso de inseguridad jurídica». *Actualidad Laboral* núm. 26. 1996. Pág. 2.131; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. «Administradores societarios: inclusión en el RETA». *Actualidad Laboral*, núm. 4. 1998. pág. 231; GARRIDO PALACIOS, J. y VILLALBA SALVADOR, B. «Régimen de Seguridad Social de los altos cargos societarios». *Rev. La Ley*, núm. 4.295. 26 mayo 1997. Pág. 7.

⁴ Ss. TS 29 enero 1997 (Ar. 640) y 30 enero 1997 (Ar. 1836).

⁵ La primera sentencia que apunta la cuestión es la STS 4 junio 1996 (Ar. 4882).

La plasmación normativa se ha producido finalmente en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1998⁶, cuya disposición adicional cuadragésimo tercera, con la mirada puesta en las distintas cuestiones que se habían suscitado en la interpretación jurisprudencial anterior, ha intentado dar una respuesta a nivel legislativo, optando en la mayoría de los casos por el encuadramiento en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA).

El objeto de este estudio es el régimen jurídico del encuadramiento de administradores y socios trabajadores en sociedades mercantiles capitalistas, para cuyo análisis no puede prescindirse de los antecedentes jurisprudenciales, que han sido tomados como referencia, tanto para seleccionar los supuestos de conflicto, como para ofrecer soluciones normativas. Además, el instrumento elegido, la norma con rango de ley, y las precisiones conceptuales de los artículos 7.º2 y 97.2 a) de la LGSS, integran los elementos introductorios previos al estudio de fondo del régimen del encuadramiento.

1. Breve evolución legal y jurisprudencial del encuadramiento de los administradores y socios trabajadores.

El análisis de la evolución ha de girar fundamentalmente alrededor del encuadramiento de los administradores de las sociedades, puesto que ha sido el punto principal de los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.

Inicialmente, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, para calificar la relación existente entre administrador societario y la sociedad, venía aplicando el criterio funcional que se fundamenta en los trabajos o funciones asignadas, propias de los Consejeros, que ha de considerarse que prestan servicios en favor de una persona jurídica distinta y como tales quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS)⁷.

La situación de inclusión de los administradores sociales en el RGSS quebró por la aplicación de la Circular de la Tesorería General de 29 de diciembre de 1992 (núm. 2.034) que los incluyó en el RETA⁸, en base a los criterios interpretativos de la Sala de lo Social del TS en la aplicación del ET y del Real Decreto 1382/1985, recogidos en la denominada como teoría del vínculo, que ya no atiende a los trabajos o funciones desarrollados, sino a la índole del vínculo en que se desempeñan, según exista sumisión o no al círculo de organización o dirección del empleador: la calificación de

⁶ BOE 31 diciembre 1997.

⁷ Ss. TS 27 marzo 1989 (Ar. 2131); 26 marzo 1991 (Ar. 2500); 17 septiembre 1991 (Ar. 6030); 18 febrero 1992 (Ar. 1131); 5 mayo 1992 (Ar. 4776); 30 junio 1992 (Ar. 5199).

⁸ BENEYTO CALABUIG, D. *La Reforma de la Seguridad Social de 1997*. Ed. CISS. 1997. Pág. 99; BORRAJO DACRUZ, E. *Administradores sociales y Seguridad Social pública...* cit. 1996. Pág. 2.123.

la relación como mercantil o laboral no se determina por el contenido de las funciones, sino por 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 laboral⁹. Esta doctrina jurisprudencial se veía complementada con pronunciamientos contradictorios que, en unos casos, admitían la compatibilidad entre vínculo mercantil y vínculo laboral¹⁰, y en otros negaban la doble vinculación¹¹.

La falta de fuerza normativa de las circulares¹² y la atipicidad del encuadramiento de los administradores sociales en el RETA, determinó un cambio jurisprudencial que se inicia en la Sentencia de 4 de junio de 1996¹³, y que dispone la exclusión de los administradores sociales del sistema de Seguridad Social, al ser impropio su inclusión en el RETA y apunta la necesidad de pronunciamiento normativo expreso para su asimilación a alguno de los Regímenes de la Seguridad Social.

La vigencia de este criterio jurisprudencial había de ser matizada por la jurisprudencia inmediatamente anterior a la promulgación de la Ley 66/1997, que, rompiendo la tradicional unidad del concepto de trabajador por cuenta ajena en el ordenamiento laboral y el de la Seguridad Social, incluye a los administradores sociales en el RGSS, en tanto que aprecia en aquéllos una situación jurídica similar a la de los trabajadores asalariados, al considerar que aun cuando en los administradores falta la nota de subordinación o dependencia, sí concurre la de ajenidad, pues trabajan por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno les está encomendado¹⁴.

⁹ Ss. TS 21 enero 1991 (Ar. 65); 13 mayo 1991 (Ar. 3906); 3 junio 1991 (Ar. 5123); 16 diciembre 1991 (Ar. 9073); 27 enero 1992 (Ar. 76); 22 diciembre 1994 (Ar. 10221).

¹⁰ Sobre la compatibilidad Consejero Delegado y alto directivo, en las diversas hipótesis interpretativas, *vid.* PEDRAJAS MORENO, A. «Consejeros Delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: Dos problemáticos supuestos de inclusión». *Actualidad Laboral*. T. II. 1993. Pág. 425-438. La jurisprudencia admite la compatibilidad del doble vínculo en Ss. TS 13 diciembre 1990 (Ar. 10481); 19 diciembre 1990 (Ar. 10573); 28 diciembre 1990 (Ar. 10059); 8 junio 1995 (Ar. 4649); 23 junio 1995 (Ar. 5168).

¹¹ Ss. TS 27 marzo 1984 (Ar. 1612); 17 mayo 1985 (Ar. 2727); 8 junio 1989 (Ar. 4554). Ss. TSJ Murcia 29 junio 1995 (AS 2709); País Vasco 20 junio 1995 (AS 2525); Castilla y León 24 abril 1995 (AS 1400).

¹² La falta de fuerza normativa de las resoluciones de la Dirección General y de las circulares es indudable, atendida que la potestad reglamentaria únicamente está atribuida al Consejo de Ministros y a los Ministros (*vid.* Ley 50/1997, de 26 de noviembre, del Gobierno); por tanto, son prescripciones que responden al principio jerárquico de organización administrativa y que, por ello, carecen de fuerza vinculante para terceros, desplegando sus efectos naturales en el ámbito interno. No obstante, hay que reconocer la posibilidad de que puedan producir determinados efectos para los administrados en virtud de los principios de buena fe y de confianza legítima.

¹³ STS 4 junio 1996 (Ar. 4887), doctrina que se reproduce en las Ss. TS 6 junio 1996 (Ar. 4946); 12 junio 1996 (Ar. 5064); 14 abril 1997 (Ar. 3061).

¹⁴ Ss. TS 29 enero 1997 (Ar. 640); 30 enero 1997 (Ar. 1836); 6 febrero 1997 (Ar. 1837); 18 febrero 1997 (Ar. 2158); 4 marzo 1997 (Ar. 2248); 14 marzo 1997 (Ar. 2472); 20 marzo 1997 (Ar. 3577); 14 abril 1997 (Ar. 3061); 14 mayo 1997 (Ar. 4271); 26 mayo 1997 (Ar. 5397); 3 julio 1997 (Ar. 6135); 11 noviembre 1997 (Ar. 8309).

En el caso de socios trabajadores, la jurisprudencia es más uniforme, y en línea homogénea ha venido reiterando que la ajenidad quiebra en el caso de socio paritario o mayoritario, en cuyo caso procedería su inclusión en el RETA por tratarse de un trabajo por cuenta propia ¹⁵, así como en el caso de socios minoritarios, donde ha combinado la participación en el capital social y el desempeño de funciones de administración en la sociedad para delimitar los supuestos de inclusión o exclusión en el Régimen General ¹⁶.

Las oscilaciones de la interpretación jurisprudencial en materia de encuadramiento de administradores de las sociedades mercantiles y la necesidad de dotar de seguridad jurídica al encuadramiento de los socios trabajadores requería de una respuesta normativa que tuvo su primera tentativa en el Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996, que optaba por la inclusión en el RGSS de los administradores activos y socios trabajadores con control efectivo, si bien con la trascendente exclusión de las prestaciones por desempleo, verdadero punto de discordia en materia de encuadramiento ¹⁷. Este Proyecto es un antecedente normativo importante, pues el concepto de control efectivo de la sociedad acogido por la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997 sigue las mismas pautas establecidas en el mismo.

El segundo intento de dar respuesta normativa al tema del encuadramiento se produce en la disposición adicional segunda de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social ¹⁸, que ordenaba al Gobierno que procediera a regular el encuadramiento de los socios-trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas dentro del sistema de Seguridad Social, habilitándole a resolver el tema con gran libertad de opción, pudiendo encuadrarlos tanto en el RGSS como en el RETA ¹⁹.

No obstante, tampoco llegó a plasmarse el desarrollo reglamentario, sin duda porque, como pasamos a analizar, era necesaria la voz del legislador para dar definitiva solución al problema ²⁰.

¹⁵ Entre otras muchas, Ss. TS 1 octubre 1985 (Ar. 4639); 24 septiembre 1987 (Ar. 6381); 30 septiembre 1987 (Ar. 6433); 27 enero 1992 (Ar. 76); 6 febrero 1997 (Ar. 1857); 14 marzo 1997 (Ar. 2472); 11 noviembre 1997 (Ar. 8309).

¹⁶ 21 enero 1991 (Ar. 65); 13 mayo 1991 (Ar. 3906); 27 enero 1992 (Ar. 76); 18 junio 1992 (Ar. 5152); 14 abril 1997 (Ar. 3061); 3 julio 1997 (Ar. 6135).

¹⁷ Tal como indica BLASCO LAHOZ, F. (*El RETA*. Ed. Tirant lo Blanch. 1995. Pág. 43) las peculiaridades que subsisten en el ámbito protector del RETA que lo diferencian del RGSS, quedan representadas fundamentalmente en la protección de las contingencias profesionales (incluido el desempleo) y en la peculiar protección de la IT. A lo que debe añadirse que, en el caso del encuadramiento de los administradores y socios trabajadores, basta un repaso sucinto a los distintos pronunciamientos de los Tribunales para darse cuenta que el desempleo constituye el verdadero núcleo de la discrepancia en materia de encuadramiento.

¹⁸ BOE 16 de julio de 1997.

¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E. «Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social». *Actualidad Laboral*, núm. 39. 1997. Pág. 970.

²⁰ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. «Administradores societarios: inclusión en el RETA» *cit.* 1998. Pág. 231.

2. La necesidad del desarrollo legislativo.

La singular aprobación de la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997²¹ resulta explicable porque el estado de la cuestión hacía necesaria una intervención del legislador, ya que la solución a los conflictos originados afectaba a materias reservadas a la ley, lo cual explica que se obviara la respuesta reglamentaria que el propio legislador había previsto en la Ley 24/1997.

Examinemos brevemente los puntos que precisaban de una respuesta normativa con rango de ley:

- a) En primer lugar, la jurisprudencia de la Sala de lo Social había extendido el concepto de trabajador por cuenta ajena en el campo de aplicación de la Seguridad Social, al prescindir del elemento de la dependencia²², quebrando la tradicional unidad del ordenamiento laboral y de Seguridad Social, ya cuestionada por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso²³, y declarando la autonomía del ordenamiento de la Seguridad Social²⁴.

La reunificación del concepto de trabajador por cuenta ajena del artículo 1.1 del ET con el establecido en el artículo 7.º 1 a) de la LGSS hacía necesaria la modificación de este precepto.

- b) En segundo lugar, al cuestionarse por la Sala de lo Social el desarrollo de la delegación legislativa en la redacción del artículo 97.2 a) del Texto Refundido de la LGSS de 1994, lo cual hubiera podido determinar la inaplicación, por ilegal, del precepto refundido, creando una situación de grave inseguridad jurídica²⁵.

²¹ Calificamos de singular la modificación introducida por la Ley 66/1997, no sólo por estar prevista con rango reglamentario en la Ley 24/1997, sino también por incluirse en una Ley tan atípica como la de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, y por su peculiar tramitación parlamentaria, pues no figuraba en el Proyecto de Ley (BOCG 9 octubre 1997), aprobándose la disposición adicional cuadragésimo tercera como consecuencia de una enmienda introducida en el trámite parlamentario.

²² Con inicio en la STS 4 junio 1996 (Ar. 4882) que apunta la autonomía en relación al ordenamiento laboral, doctrina esta que se sigue en la STS 29 enero 1997 (Ar. 640) y posteriores.

²³ Entre otras, Ss. TS (3.ª) 2 noviembre 1989 (Ar. 7791); 18 mayo 1990 (Ar. 3752); 4 mayo 1992 (Ar. 3668).

²⁴ Tiene una sólida base argumental la autonomía de ambos ordenamientos, si bien no puede prescindirse de su interrelación y de la necesaria unidad conceptual a la hora de interpretar elementos comunes (CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. «Administradores societarios: inclusión en el RETA», *cit.* 1998. Pág. 224).

²⁵ Como es sabido, el desarrollo *ultra vires* de la delegación legislativa está sujeto al control de los Tribunales ordinarios, puesto que la norma carece de fuerza de ley en todo aquello que exceda de la delegación encomendada. Ello hubiera determinado la ilegalidad del artículo 97.2 a) del Texto Refundido de la LGSS de 1994 con la consiguiente inseguridad derivada de la misma.

La existencia de un desarrollo *ultra vires* en la refundición de la LGSS derivaría de que tanto la Ley de 1966 como la de 1974 asimilaban al personal excluido del contrato de trabajo por el artículo 7.º de la LCT, con la única excepción de los administradores sociales pasivos, puros y simples; sin embargo, en la norma refundida de 1994 se limitaba la asimilación únicamente al personal de alta dirección, dejando fuera a los administradores activos, en lo que podría constituir el exceso según plantea la Sentencia de 4 de junio de 1996.

Con independencia de que la cuestión no es pacífica ²⁶, el mero hecho de haberse planteado por el TS hacía necesaria una intervención del legislador, para despejar las dudas del juicio *ultra vires*.

- c) En tercer lugar, la opción por el encuadramiento en el RETA, que carece de la expansibilidad del RGSS también hacía de la ley el instrumento normativo idóneo, si bien este punto podría salvarse por la redacción de la disposición adicional segunda de la Ley 24/1997, si bien la asimilación reglamentaria no hubiera podido desarrollar el casuismo con el que se ha regulado la cuestión en la Ley 66/1997 ²⁷.
- d) Por último, la definición del control efectivo de la sociedad, en tanto que prescinde de la personalidad jurídica del ente societario reconocida en normas con rango de ley, hacía también necesaria la tipificación en norma del mismo rango, pues, de otra manera, se hubiera procedido a excepcionar el régimen legal de la personalidad jurídica por una norma de carácter meramente reglamentario.

Estos puntos son los que pueden explicar que el propio legislador, que había habilitado el desarrollo reglamentario unos meses antes en la Ley 24/1997, haya vuelto sobre sus pasos, optando por intervenir directamente en la regulación del encuadramiento de estos colectivos.

²⁶ Así, BORRAJO DACRUZ («Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, núm. 39. 1997. Pág. 968) se decanta por la ilegalidad de este precepto del Texto Refundido, en tanto que CONDE MARTÍN DE HIJAS («Administradores societarios: inclusión en el RETA» *cit.* 1998. Pág. 229) indica que no hay exceso en la delegación. En todo caso, el juicio *ultra vires* no puede prescindir de dos elementos:

- a) La existencia de una antinomia sobrevenida por la entrada en vigor del Real Decreto 1382/1985, que limita la naturaleza laboral de la relación a uno de los ámbitos personales (altos directivos) contemplados en la norma a refundir; y
- b) El alcance que debe darse al concepto de «aclaración, regularización y armonización» utilizado en el artículo 82 de la CE, comprendido en la habilitación legislativa para la refundición del Texto Refundido de la LGSS. Partiendo de estos elementos, nos decantamos por entender que no hay exceso en la delegación.

²⁷ En efecto, una cosa es la asimilación de determinados grupos, y otra es la diferenciación, dentro del grupo, de situaciones fácticas, prescindiendo en ocasiones de relaciones jurídicas válidamente constituidas conforme a las leyes. Así, el caso de administradores activos con doble vínculo (mercantil y laboral), donde se prescinde del laboral [*cfr.* disp. adic. vigésimo séptima de la LGSS, apartado 1 a) y 1 b)], aun en los supuestos de aparente primacía por limitarse la retribución a la prestación de servicios de naturaleza laboral.

3. Las modificaciones en el Régimen General.

Las modificaciones normativas en el ámbito del Régimen General se recogen en los puntos uno y dos de la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997, que, por una parte, da nueva redacción a los artículos 7.º 1 a) y 97.2 a) de la LGSS y, por otra parte, de forma complementaria al encuadramiento en el RETA de socios trabajadores con control efectivo, añade un nuevo apartado k) al artículo 97.2 de la LGSS, asimilando a los socios trabajadores que carezcan de control efectivo. Por último, la Ley 66/1997, al dar redacción al apartado 4 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, mantiene la asimilación de los empresarios de actividades marítimo-pesqueras, de conformidad con las normas reguladoras del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar ²⁸.

La modificación del artículo 7.º 1 a) de la LGSS da respuesta a la ruptura del concepto de trabajador por cuenta ajena, retomando la tradicional unidad conceptual con el ordenamiento laboral, a cuyo efecto se remite expresamente al artículo 1.º 1 del ET. En cualquier caso, a efectos de este estudio, hay que subrayar que la nueva redacción del precepto impide, en cualquier caso, incluir en el RGSS a los administradores sociales, lo cual es importante por la previsible conflictividad aplicativa que puede generarse con los administradores activos de las Sociedades Laborales ²⁹.

La segunda de las modificaciones da nueva redacción al conflictivo artículo 97.2 a) de la LGSS, circunscribiendo el ámbito de la asimilación al RGSS al personal de alta dirección, a la vez que niega la posibilidad de doble vinculación al alto directivo a efectos de encuadramiento, primando la condición de administrador activo en el caso de que se diera ³⁰.

A contrario sensu, la norma admite el doble vínculo entre alta dirección y la relación mercantil consistente en funciones consultivas y de asesoramiento en el órgano de administración (el denominado administrador pasivo), en cuyo caso procederá el encuadramiento en el RGSS en virtud de lo dispuesto en el precepto.

La tercera de las modificaciones consiste en la adición de un nuevo apartado k) al artículo 97.2 de la LGSS, incluyendo a los socios trabajadores que cumplan dos condiciones:

- a) Que no desempeñen funciones de administración activa; y
- b) Que no posean el control efectivo de la sociedad.

²⁸ Artículo 4 del Texto Refundido de las Leyes 11/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, aprobado por Real Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

²⁹ *Vid. infra* II.1. Baste ahora significar que la atipicidad del administrador no socio de la Sociedad Laboral en el RGSS resulta indudable a tenor de la nueva redacción del artículo 7.º 1 a) de la LGSS.

³⁰ Previsión que luego se reproduce, como veremos, en la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, apartado 1 b).

Lo primero que hay que precisar es que el concepto de «socio trabajador» abarca tanto al socio vinculado por relación laboral común como al que lo está por relación laboral de alta dirección ³¹.

Esta modificación ofrece un carácter complementario a la regulación del propio apartado tres de la disposición adicional cuadragésimo tercera, que es la que define, a efectos de encuadramiento en el RETA, los supuestos en los que hay que considerar al socio como «administrador activo» ³², así como aquellos en los que concurre el «control efectivo» ³³. Por tanto, será el socio trabajador atípico en el encuadramiento en el RETA, el que se incluirá en este precepto. El apartado k) del artículo 97.2 constituye la otra cara de la moneda en materia de encuadramiento de socios trabajadores, la «cruz» en el orden lógico de análisis, ya que primero habrá que escrutar si se produce un supuesto normativo de encuadramiento en el RETA del socio trabajador (la «cara») y sólo una vez descartado, entrará en el juego aplicativo este precepto. En consecuencia, siguiendo con el símil, analizaremos primero la «cara» de la moneda, remitiéndonos a lo que allí exponemos para deslindar los supuestos de encuadramiento en el RETA, de los que procede, por atipicidad del socio trabajador, el encuadramiento en el RGSS en virtud de este precepto.

Por último, incluimos, dentro de las modificaciones, la recogida en el apartado 4 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS en tanto en cuanto supone una excepción al régimen jurídico establecido en la propia Ley 66/1997, y que mantiene la asimilación a trabajadores por cuenta ajena de los empresarios a que se refiere el artículo 4 del Decreto 2864/1974, es decir, aquellos que realicen su actividad a bordo de la embarcación y que reciban, como contraprestación a la actividad desempeñada, una retribución a la parte y con cargo «al monte menor» ³⁴.

³¹ Así se desprende de la interpretación sistemática del artículo 97.2 k) con el apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, ya que en este último precepto se incluyen, en el ámbito del socio con control efectivo, supuestos de desempeño de funciones de dirección y gerencia (circunstancia 4.^a), comprensivos de la relación laboral de alta dirección.

³² Cfr. apartados 1 a) y 1 b) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, concretado fundamentalmente en el desempeño de funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

³³ Cfr. apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, que recoge tres hipótesis normativas de control efectivo:

- a) Presunción *iuris et de iure*.
- b) Presunción *iuris tantum*; y
- c) Control probado por la Administración.

³⁴ En la modalidad de «pesca a la parte», el producto de las capturas constituye el denominado «monte mayor», del que se deducen los gastos necesarios, constituyendo la diferencia el «monte menor», que es el que es objeto de distribución (PANIZO ROBLES, J.A. «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1998». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 180. 1998. Pág. 24).

En este caso, aun cuando la empresa adopte la forma de sociedad mercantil capitalista y se trate de trabajadores que reúnan la condición de administradores activos o socios con control efectivo, se exceptiona el régimen de encuadramiento en el RETA, quedando encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar ³⁵.

II. EL ENCUADRAMIENTO EN EL RETA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y SOCIOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

En este punto del estudio, pretendemos analizar el apartado 1 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, que contiene los supuestos de encuadramiento en el RETA de los administradores sociales y socios trabajadores.

Para ello, se hace necesario precisar, en primer término, cuáles son las sociedades mercantiles que entran dentro del ámbito de aplicación del precepto. Una vez delimitado, hay que analizar los supuestos en que cabe considerar que se desempeñan funciones de administración activa, tanto por socios como por no socios, que determinan la tipicidad en el RETA. Finalmente, el encuadramiento en el RETA se contempla respecto de los socios trabajadores que, sin ser administradores activos, poseen el control efectivo de la sociedad.

1. Sociedades mercantiles capitalistas. Especial referencia a la problemática de las sociedades laborales.

El ámbito de aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS viene definido en la expresión «sociedades mercantiles capitalistas». Por tanto, se incluyen los administradores y los socios trabajadores de las citadas sociedades mercantiles.

Indudablemente, existe unanimidad para integrar dentro del concepto de sociedades de capital tanto a las Sociedades Anónimas como a las de Responsabilidad Limitada: en ambas el capital es el elemento fundamental del tipo social, funcionando bajo el principio de ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales y por medio de administradores independientes, dedicados a la realización de una actividad mercantil ³⁶.

³⁵ Según PIÑEYROA DE LA FUENTE («Los "retoques" en la parte general de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998». *Relaciones Laborales*, núm. 5. 1998. Pág. 111) la matización ha de conectarse con un pronunciamiento del TS (S. 29 enero 1997, seguida de las de 27 febrero 1997 y 20 marzo 1997), de lo que se deduce que este colectivo está excluido de la prestación por desempleo.

³⁶ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Deusto. 1996. Págs. 244-245.

Por tanto, la pacífica aplicación de la norma a los tipos societarios aludidos resulta previsible, como también puede adelantarse la polémica aplicativa en el ámbito de las Sociedades Laborales, en cualquiera de sus dos vertientes (Anónima o de Responsabilidad Limitada): por una parte, existen elementos que podrían jugar a favor de su naturaleza como sociedad mercantil capitalista, aun reconociendo el matiz personalista con que la Ley de 1997³⁷ las caracteriza, en línea con el precedente normativo de 1986; y, por otra parte, para el caso que se negara su naturaleza de sociedades de capital, existe un ámbito personal concreto de estas sociedades -administradores activos no socios o que lo sean de la clase general- que quedaría al margen de cualquier regulación normativa, resultando atípicos en el sistema de la Seguridad Social.

Hay que adelantar que los primeros criterios interpretativos de la Ley 66/1997 de las distintas Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo vienen considerando excluidas a las Sociedades Laborales del ámbito de aplicación de la nueva regulación, en la línea de los comentarios doctrinales al Proyecto de Real Decreto de 1996 y a la Ley 24/1997³⁸.

No obstante, la cuestión se plantea como discutible³⁹ y cualquier respuesta a la misma pasa por el estudio de la naturaleza de la Sociedad Laboral, para determinar su encaje dentro del concepto de sociedad mercantil capitalista.

En las distintas concepciones doctrinales, se viene considerando la Sociedad Laboral (o bien su antecedente Sociedad Anónima Laboral, homogéneo en cuanto a su naturaleza) como una clase de Sociedad Anónima (o ahora de Responsabilidad Limitada), cuya especialidad radica en sus características estructurales⁴⁰, si bien conserva los rasgos definidores de la sociedad de capital: capital dividido en acciones (o participaciones sociales), donde la responsabilidad de los socios se contrae a sus aportaciones. La combinación del instrumento societario netamente capitalista (SA o SRL) con el personalista que supone el otorgamiento de la posición predominante a los trabajadores, determina una figura híbrida, en el intermedio entre las cooperativas de trabajo y las sociedades puramente capitalistas⁴¹.

³⁷ Ley 4/1997, de Sociedades Laborales -BOE 25 marzo 1997-.

³⁸ BORRAJO DACRUZ, E. «Socios- trabajadores y administradores de sociedades de capital...» *cit.* 1997. Pág. 959.

³⁹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. («Reforma parcial de la Seguridad Social: comentarios a las Leyes 24/1997 y 66/1997». *Relaciones Laborales*, núm. 6. 1998. Pág. 40) se interroga sobre el carácter capitalista de las Sociedades Laborales.

⁴⁰ VICENT CHULIÁ, F. «Introducción al Derecho Mercantil». Ed. Tirant lo Blanch. 1995. Págs. 363-364; CELAYA, A. «Sociedad Cooperativa de Trabajo y SAL. Configuración societaria comparada». *Revista de Derecho Mercantil*. Enero-marzo 1989. Pág. 115; Memento Práctico. Francis Lefevre. *Las Sociedades Anónimas Laborales*. Madrid. 1996. Pág. 964.

⁴¹ CELAYA, A. «Sociedades cooperativas...» *cit.* pág. 119; MONTOLIU, H. y BONET, M.A. «Análisis jurídico y económico de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales». *Documentación Social*, núm. 68. 1987; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*. Ed. Colegio Notariales de España. Madrid. 1996. Pág. 1.382 y ss. En cuanto a las sustantivas diferencias entre el régimen jurídico de la Cooperativa y de la Sociedad Laboral, *vid.* más ampliamente MERCADER LEGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, J. «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial». *Relaciones Laborales*, núm. 12. 1998. Págs. 46-48, concluyendo su diferente naturaleza.

Sin embargo, los elementos de mixtura o híbridos, de carácter personalista, entendemos que no desvirtúan su naturaleza de sociedad mercantil capitalista:

- a) En primer lugar, nos hallamos ante un tipo societario que adopta la forma de sociedad de capital, responde a su naturaleza y principios, al punto que la ley prevé el tránsito de la Sociedad Anónima o Limitada a la Laboral sin necesidad de aplicar las normas de transformación social y sin que se considere como tal transformación ⁴².
- b) En segundo lugar, los elementos *intuitu personae* previstos en su régimen jurídico son adaptaciones del tipo societario capitalista a la peculiar forma de organización de la empresa (autogestión), en desarrollo del mandato constitucional del artículo 129.2 de la CE, sin que por ello pierda su carácter de sociedad mercantil capitalista.
- c) En tercer lugar, el carácter marcadamente tuitivo de la regulación respecto de los socios trabajadores ⁴³, no desvirtúa su naturaleza capitalista, pues pueden participar otros socios no trabajadores (clase general), tanto en el capital social como en la dirección y gerencia de la sociedad; a la inversa, en una sociedad mercantil capitalista que no haya sido calificada de laboral, el régimen jurídico del socio trabajador puede resultar similar al ahora analizado ⁴⁴.
- d) En cuarto lugar, la modificación legislativa que se realiza por Ley 4/1997 se enmarca dentro de las adaptaciones de las sociedades de capital a las normas comunitarias ⁴⁵, lo cual supone un reconocimiento a nivel normativo de la naturaleza capitalista de este tipo societario; y
- e) Por último, la clara homogeneidad entre el régimen jurídico de los socios trabajadores en la Ley de Sociedades Laborales y las presunciones *iuris tantum* de control efectivo establecidas en la Ley 66/1997, al fijar una tercera parte del capital social en ambos casos como límite de la laboralidad-control efectivo, es argumento que se añade a favor de la aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima comentada a las Sociedades Laborales ⁴⁶.

⁴² Artículo 4.º de la Ley de Sociedades Laborales de 1997. La calificación de «Sociedad Laboral» es un acto administrativo que la enmarca en el régimen jurídico previsto legalmente para este tipo de sociedades, pero no pierde su carácter de SA o SRL, respectivamente.

⁴³ Tal como indica la STS 20 septiembre 1993 (Ar. 6645), la configuración de este tipo de SA viene a evitar el eventual fracaso de empresas y consiguiente frustración social de desempleo, consiguiendo a la vez una ayuda económica indirecta y el acceso a la propiedad de los trabajadores en cuanto a medios de producción.

⁴⁴ Así lo significaba la STSJ País Vasco 30 diciembre 1997 (AS 5412).

⁴⁵ Exposición de Motivos de la Ley 4/1997, párrafo primero. *Vid.* en el mismo sentido, IGLESIAS CABERO, M. «Las Sociedades Laborales en la nueva normativa». *Rev. La Ley*. T. III. 1997. Pág. 1.877.

⁴⁶ La inspiración de la Ley de 1997 resulta todavía más clara si tomamos la inicial redacción del Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996, *cit.*, para encuadramiento de los socios trabajadores, que fijaba el control efectivo, en armonía con la Ley de SAL de 1986, en el 25 por 100 del capital social. En la actualidad, al haberse ampliado la participación social permitida hasta la tercera parte en la Ley de 1997, ha sido recogido en la Ley 66/1997, apartado 1 c) 3.º de la disposición adicional vigésimo séptima.

Por tanto, creemos que las Sociedades Laborales se incluirían dentro del concepto de «sociedad mercantil capitalista» y entrarían en el ámbito de aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS ⁴⁷.

Salvado este primer punto de análisis, hay que abordar el alcance de la norma especial sobre encuadramiento de los socios trabajadores de las Sociedades Laborales recogida en el artículo 21 de la Ley de Sociedades Laborales de 1997.

Lo primero que hay que indicar es que el artículo 21 únicamente se refiere a los socios trabajadores ⁴⁸, es decir, aquellos que la ley define como tales, por prestar sus servicios retribuidos en forma personal y directa, con relación laboral de carácter indefinido. Estos socios, según el precepto, estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales, incluso -y ahí radica la especialidad- cuando sean a su vez miembros de los órganos de administración social, tengan o no competencias directivas. Por tanto, la Ley de Sociedades Laborales establece un régimen especial de encuadramiento de los socios trabajadores, incluso cuando sean administradores activos, en respuesta a la jurisprudencia inmediatamente anterior a la elaboración de la ley que los excluía del sistema ⁴⁹.

Quedan al margen del artículo 21 de la Ley de Sociedades Laborales los trabajadores que no sean socios, así como los administradores, ya carezcan de la cualidad de socio, ya sean socios pertenecientes a la clase general ⁵⁰, los cuales deberán encuadrarse conforme a las normas generales, entrando los administradores en el campo de aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

⁴⁷ Sobre la naturaleza capitalista de la Sociedad Laboral, *vid.* MERCADER LEGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, J. «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial». *Relaciones Laborales*. núm. 12. 1998. Pág. 47.

⁴⁸ Como puntualiza IGLESIAS CABERO, M. («Las Sociedades Laborales en la nueva normativa» *cit.* Pág. 1.880), quien expone de forma clara que «los únicos sujetos de la oración (del art. 21) son, sin duda alguna, los socios trabajadores y no otros socios ni personas distintas, de suerte que no parece posible aplicar el supuesto legal a otros ámbitos distintos del enunciado y no comprendidos en la letra del precepto».

⁴⁹ *Vid.* las Ss. TS, ya citadas, 4 junio 1996, 6 junio 1996 y 12 junio 1996, que consideraban excluidos del sistema de la Seguridad Social a los administradores de la sociedad capitalista con importante participación en el capital social. El artículo 21 de la LSL de 1997 se presenta como respuesta del legislador a este tema en el ámbito de este tipo societario, zanjando la cuestión del doble vínculo del socio trabajador, primando el laboral sobre el mercantil. En este sentido, la expresión «todo» utilizada en el precepto constituye una guía importante en su interpretación (MERCADER LEGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, J. «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial» *cit.* 1998. Pág. 84).

⁵⁰ Téngase en cuenta que la vigencia del sistema proporcional para el nombramiento de los miembros del órgano de administración (*cf.* art. 12 LSL de 1997) hace previsible la presencia de administradores que, a su vez, sean socios pertenecientes a la clase general. Sobre los órganos de administración en la Sociedad Laboral, *vid.* MERCADER LEGUINA, J.R. y PORTELLANO DÍEZ, J. «La Sociedad Laboral: sencillamente una sociedad especial» *cit.* 1998. pág. 80.

Partiendo de la restricción del ámbito personal del citado artículo 21 a los socios trabajadores, aún nos queda por determinar el alcance del régimen especial, en relación a la norma ahora estudiada. Parece que el concepto de socio-trabajador de la Sociedad Laboral es un concepto estructural, al que incluso son inherentes el desempeño de funciones directivas o gerenciales del ente societario, atendido el principio de autogestión que preside la regulación legal del tipo societario. Por consiguiente, el régimen especial del artículo 21 determinaría el encuadramiento en el Régimen General o en alguno de los Especiales que debería realizarse en función de la actividad que se desarrolla ⁵¹, descartando la aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS para el caso de socio-trabajador que desempeña funciones de administración, ya sea activa o pasiva, así como las presunciones de control efectivo que hacen referencia a la participación directa en el capital social, por resultar incompatibles con el concepto legal de socio-trabajador ⁵².

La problemática se centra en el juego de las presunciones que parten de una participación indirecta en el capital social (*v.gr.* sociedades familiares) o en la posibilidad de prueba por la Administración del control efectivo por cualquier otro medio.

Aquí ha de observarse que los principios que informan la regulación del control efectivo también son de aplicación a la Sociedad Laboral, que en su substrato interno puede desde luego encubrir situaciones de uso instrumental de la personalidad jurídica, lo que haría necesario levantar el velo societario.

Por este motivo, parece que entrarían en el ámbito aplicativo de la Sociedad Laboral la presunción de control efectivo referida a las sociedades familiares, así como la posibilidad de que la Administración probara el control efectivo ejercitado por alguno de los socios, extremos estos que no resultan incompatibles con el régimen jurídico del socio trabajador, al referirse éste únicamente a la participación directa en el capital social.

En conclusión, el concepto de «sociedad mercantil capitalista» abarca, en cuanto a su tipología, tanto las SA y las SRL como las Sociedades Laborales, y, por ello, el ámbito de aplicación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS se extiende a todos estos tipos societarios, con la salvedad del régimen especial respecto de los socios trabajadores de la Sociedad Laboral contenido en el artículo 21 de la Ley de 1997, sin perjuicio de la aplicabilidad de aquellos preceptos que se refieren al control efectivo de los socios trabajadores por participación indirecta en el capital social o por ejercitarlo por cualquier otro medio.

⁵¹ Hipótesis interpretativa acogida por algunas Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo en los criterios interpretativos de la Ley 66/1997, a las que antes nos referíamos.

⁵² La presunción de laboralidad del artículo 1.º 1 de la LSL lo es para socios que lo sean de la clase laboral, dentro de los límites de participación directa en el capital social fijados en el artículo 5.º 3 de la ley; estas condiciones estructurales son incompatibles con las presunciones de control efectivo referidas a la participación directa en el capital social contenidas en el apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, por lo que no serían de aplicación por ser aquella norma especial.

Para finalizar con el ámbito aplicativo, únicamente queda apuntar que los socios de las sociedades mercantiles capitalistas que tengan como objeto la administración de su patrimonio personal quedan excluidos del sistema, para cuya concreción nos remitimos al estudio que realizamos en el punto III.

2. El encuadramiento de los administradores sociales.

El análisis del encuadramiento en el RETA de los administradores sociales se circunscribe a los denominados administradores activos, pues los pasivos resultan excluidos del sistema de la Seguridad Social por la presunción de no laboralidad del artículo 1.º 3 c) del ET.

En la reciente evolución, el tema de los administradores y Seguridad Social se ha movido alrededor de dos cuestiones fundamentales:

- a) Su encaje en el concepto de trabajador por cuenta ajena del artículo 7.º2 de la LGSS y, aun dentro de este elemento, planteaba especial conflictividad la materia referida al desempleo ⁵³; y
- b) La posibilidad de su encuadramiento en el RETA, lo cual suscitó una polémica doctrinal a propósito de la denominada «teoría del *numerus clausus*», que determinaba el principio de tipicidad ⁵⁴.

La opción elegida por la Ley 66/1997 ha sido la de encuadrar a los administradores activos en el RETA, dando respuesta también a otras cuestiones conflictivas que se habían planteado en la práctica aplicativo anterior tales como la compatibilidad con el desempeño de servicios retribuidos de naturaleza laboral (doble vínculo).

⁵³ Vid. entre otras muchas, Ss. TS 25 noviembre 1992 (Ar. 8533); 14 mayo 1997 (Ar. 4271); Ss. TSJ Cataluña 27 julio 1990 (AS 5592); Castilla-La Mancha 13 enero 1991 (AS 1029); País Vasco 27 febrero 1995 (AS 525); Castilla y León 24 enero 1995 (AS 97); Aragón 18 enero 1995 (AS 23); Cantabria 24 enero 1995 (AS 204); Castilla-La Mancha 14 marzo 1997 (AS 1173); Castilla y León 4 diciembre 1997 (AS 4568).

⁵⁴ Los argumentos giraban alrededor del carácter de *numerus clausus* del ámbito personal recogido en el Decreto 2530/1970, opción interpretativa que acogió la más reciente jurisprudencia Ss. TS 4 junio 1996, 29 enero 1997 y posteriores. La otra opción interpretativa era la de negar el carácter típico del encuadramiento en el RETA, estimando suficiente el encaje conceptual en la definición genérica de trabajador por cuenta propia o autónomo (DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. «Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan servicios en las distintas sociedades» *Actualidad Laboral*. T. II. 1993. Pág. 344; MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias...» *cit.* Págs. 41-46; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. «Administradores societarios: inclusión en el RETA» *cit.* Pág. 230).

La regulación gira alrededor de la genérica denominación de «administradores activos» lo que nos obliga a precisar el campo subjetivo al que nos estamos refiriendo como cuestión esencial a la hora de determinar el encuadramiento en el RETA, por lo que hay que realizar las siguientes puntualizaciones:

- a) Ha de tratarse de administradores que lo sean de sociedades mercantiles capitalistas, lo cual circunscribe el ámbito aplicativo a las SA, SRL y a las Sociedades Laborales, si bien en cuanto a éstas en relación a los administradores no socios o que lo sean de la clase general, según se ha indicado en el anterior apartado.
- b) El concepto se aquilata en la denominación «administradores activos», lo que excluye a los «pasivos», diferenciación esta en la que habrá de profundizarse por ser esencial para diferenciar los supuestos de inclusión.
- c) La configuración legal del encuadramiento del administrador se hace en forma concordante con la definición legal de trabajador por cuenta propia o autónomo, lo cual significa que la prestación de servicios ha de realizarse de forma personal y directa y a título lucrativo⁵⁵. De ello resulta la preceptividad de que el desempeño del cargo sea retribuido⁵⁶ y que la actividad que se desarrolla lo sea de naturaleza empresarial o profesional⁵⁷, lo que explica que no se conceda relevancia a las facultades internas⁵⁸, girando los elementos definidores alrededor de las funciones (externas) de dirección y gerencia.
- d) No es relevante, a efectos de encuadramiento, que el administrador sea a su vez socio, pues la tipicidad en el RETA se produce por ser administrador social, quedando en un segundo plano de análisis su participación en el capital social y posible control efectivo⁵⁹.

⁵⁵ BLASCO LAHOZ, J.F. «Sujetos incluidos en el RETA» *cit.* 1996. Pág. 23; ORDEIG FOS, J.M.: «Socios administradores de las empresas» *cit.* 1994. Pág. 12. BLASCO PELLICER, A.: *La exclusión del ámbito laboral de los Consejeros o Administradores societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª Edición 1997, Pág. 77.

⁵⁶ Retribución que ha de ser «propia o natural» en el sentido de que lo sea por desempeñar el cargo de administrador, o «impropia o encubierta», en cuanto lo sea por el desempeño de otros servicios, entre los que se incluye la relación laboral o común, y aunque el cargo de administrador no lo sea.

⁵⁷ De ahí la exclusión de los socios de sociedades de mera administración de su patrimonio personal, respecto de los cuales no cabe apreciar una actividad empresarial o profesional.

⁵⁸ Tal como indicaba ORDEIG FOS (*op. cit.* Pág. 16), al comentar el encuadramiento de los socios administradores, prevalece la calidad de administrador sobre la de socio a la hora de excluir toda relación laboral con la empresa, pues se elimina la nota de dependencia. En la redacción actual del artículo 7.º 2 de la LGSS, la exigibilidad de la nota de dependencia es indudable, por lo que, faltando la misma debe prescindirse de cualquier otra consideración.

⁵⁹ Véase nota 58

La profundización en estas cuestiones se hace necesaria para delimitar el campo de encuadramiento en el RETA, para lo que hay que determinar el ámbito personal de los administradores activos y sus formas de retribución, natural o no, en lo que denominaremos administradores activos «propios» e «impropios».

2.1. Los administradores activos propios.

Fue en materia de Seguridad Social donde nació la teoría sobre los administradores activos y pasivos⁶⁰. La doctrina jurisprudencial los diferenciaba genéricamente por su participación en el proceso decisional del órgano colegiado: así, mientras el administrador pasivo se limita a realizar funciones de mera deliberación o consejo, circunscrito a la toma de decisión, sin prestar servicios de manera regular para la sociedad, el administrador activo desempeña un cúmulo de funciones que trascienden al proceso de toma de decisión, pasando a asumir la dirección real y efectiva de la gestión empresarial⁶¹.

Para precisar estos elementos diferenciadores, debe abordarse el análisis de los administradores activos desde la tipología de los órganos de administración en el ámbito de las sociedades mercantiles capitalistas, distinguiéndose las siguientes formas:

- a) Administrador único.
- b) Administradores solidarios.
- c) Administradores mancomunados.
- d) Consejo de Administración integrado como mínimo por tres miembros; y
- e) Consejo de Administración o una Comisión Ejecutiva o uno o varios Consejeros Delegados, con indicación de sus respectivas competencias⁶².

⁶⁰ BORRAJO DACRUZ, E. «Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital...» *cit.* 1997. Pág. 963.

⁶¹ BORRAJO DACRUZ, E. «Notas a la STSJ de Aragón de 28 de septiembre de 1992: administradores sociales y Seguridad Social». *Actualidad Laboral*, núm. 9. 1993. Pág. 470; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «La relación especial del personal de alta dirección en el Real Decreto 1382/1985». *Relaciones Laborales*. núm. 5. 1988. Pág. 16; MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias...» *cit.* 1994. Pág. 34. BLASCO PELLICER, A.: La exclusión del ámbito laboral de... *cit.* 1997, Págs. 79-80. *Vid.* asimismo, entre otras muchas, Ss. TS 30 septiembre 1987 (Ar. 6433); 21 diciembre 1988 (Ar. 9887); 14 diciembre 1990 (Ar. 9787); STSJ Cantabria 12 abril 1997 (AS 1105). Sobre la jurisprudencia más reciente, *vid.* CACHÓN VILAR, P. «Altos cargos societarios: encuadramiento en la Seguridad Social». *La Ley*. T. II. 1997. Pág. 1.869.

⁶² Esta regulación es la que corresponde a las SA, debiendo constar en los estatutos la opción elegida (art. 124.1 del Rgto. del Registro Mercantil). En el caso de las SRL, el régimen establecido en el artículo 57 de la Ley de 1995 apenas varía: puede optarse por cualquiera de las formas antedichas, radicando las especialidades en la prohibición de competencia que pesa sobre los administradores; en que su mandato no está limitado legalmente; y en que la Junta puede cambiar el sistema de administración, si así está previsto en los estatutos, sin necesidad de modificación estatutaria.

De las citadas formas de administración, sólo la colegialidad presenta problemas de determinación, pues parece indudable el encaje dentro del concepto de «administrador activo» tanto del administrador único, como de los solidarios y de los mancomunados⁶³. En estos supuestos de administración personificada, donde se rellena el requisito de desempeñar funciones de dirección y gerencia, el encuadramiento en el RETA únicamente dependerá de la variable de la retribución⁶⁴.

Acaso, podría plantearse como supuesto singular de administrador único cuando el nombramiento de administrador recae sobre una persona jurídica⁶⁵. Este caso no ofrece particularidades desde el punto de vista de la delimitación del concepto de administrador activo, pues todo lo relativo al encuadramiento en el RETA de los administradores-personas físicas se trasladaría al seno de la persona jurídica que ejerce la administración, sin que en ningún caso la sociedad administrada asumiera obligación alguna en materia de Seguridad Social por este concepto.

Distinta cuestión es la posible compatibilidad, a efectos de encuadramiento, entre la función de administración activa en la sociedad administradora y el desempeño de relación laboral, común o especial, con la sociedad administrada, que parece que debería resolverse en sentido negativo, optando por el encuadramiento en el RETA, por constituir un supuesto de fraude de ley.

Por tanto, los problemas se plantean cuando la administración se ejerce en régimen colegiado, con órgano delegado de existencia facultativa o preceptiva⁶⁶.

En estos casos, hay que deslindar los supuestos en que la aportación individual se limite a lo que propiamente son las funciones del miembro del colegio -deliberación y consulta, de carácter interno-, de aquellas en que exista un «plus» de actividad, realizando funciones de relevancia externa: en la denominación legal, funciones de dirección y gerencia [disp. adic. vigésimo séptima, 1 a) y 1 b) LGSS].

⁶³ Como indica MUÑOZ MOLINA, J. (*op. cit.* pág. 44) en estos casos hay identidad entre el órgano de administración y el administrador, por lo que personifican la sociedad titular de la empresa. También la jurisprudencia los incluye en la enumeración de administradores ejecutivos (*vid.* por todas STS 29 enero 1997, *cit.*).

⁶⁴ Sin necesidad de profundizar en exceso, debe indicarse que el administrador único ejerce en exclusiva las funciones de gestión y representación de la sociedad (ÁVILA NAVARRO, P. *La Sociedad Limitada*. T. I. Ed. Bosch. 1996. Pág. 440; SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. T. I. EDERSA. 1995. pág. 411 ...) por lo que, salvadas en la nueva regulación las dificultades que planteaba la compatibilidad con la relación de alta dirección [*vid.* sobre la anterior problemática, Ss. TS 18 marzo 1989 (Ar. 1879); 5 marzo 1990 (Ar. 1758); 13 mayo 1991 (Ar. 3906); Ss. TSJ Castilla y León 14 septiembre 1992 (AS 4106); Cataluña 31 julio 1993 (AS 3605); País Vasco 24 enero 1994 (AS 73)], el encuadramiento en el RETA resulta indudable si existe retribución, lo cual por otra parte es usual en la práctica. Lo mismo sucede con los administradores solidarios y mancomunados, que también comprenden en sus facultades las de dirección y gerencia de la sociedad, debiendo añadirse que, en el tráfico societario, este tipo de administración es más propio de sociedades de pequeña dimensión y carácter personalista, coincidiendo en muchos casos con supuestos de control efectivo recogidos en la propia disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

⁶⁵ Opción expresamente recogida en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil.

⁶⁶ Obsérvese que la diferencia entre las formas de administración que hemos recogido en los apartados *d)* y *e)* radica precisamente en que en el primero el órgano delegado no es necesario, mientras que en el segundo es preceptivo si así se contempla estatutariamente.

Globalmente, el órgano de administración de la sociedad tiene atribuidas, legal o estatutariamente, las funciones de administración y representación de la sociedad, comprendiendo el conjunto de facultades, de variada índole, que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución de su objeto social, a cuyo efecto los actos de administración pueden tener naturaleza jurídica, técnica, económica o financiera ⁶⁷.

En el seno del órgano colegiado, concurren los denominados administradores activos o ejecutivos ⁶⁸, que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto los acuerdos del órgano colegiado y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios, con los denominados administradores o consejeros pasivos, que no desarrollan funciones ejecutivas, limitándose a las competencias meramente consultivas y deliberantes ⁶⁹.

Por tanto, los administradores activos son los que ejecutan la voluntad del empresario societario, ya que éste, en cuanto persona jurídica, necesita para la consecución de su objeto social la concurrencia de personas naturales cuya actuación se considera realizada por la sociedad misma, siendo sus actividades típicas las de dirección, gestión y administración ⁷⁰.

Generalmente, será la configuración del Consejo de Administración, estatutaria o interna, en desarrollo de facultades de autoorganización, la que determinará las atribuciones de los miembros del órgano colegiado, permitiendo distinguir entre el administrador ejecutivo y no ejecutivo.

En el tráfico societario, existen desde luego tipologías que se reiteran, que nos permiten realizar algunas consideraciones sobre supuestos característicos de administradores activos:

- a) Una de las formas más comunes de organización del Consejo de Administración, es aquella que, resaltando el carácter de *primus inter pares* que se otorga a quien ostenta la presidencia del órgano colegiado, le atribuye también funciones ejecutivas. Incluso, puede afir-

⁶⁷ MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración y su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. núm. 15. 1994. Pág. 36; POLO, E. «Los administradores y el Consejo de Administración» en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Ed. Civitas. T. VI. 1992. Pág. 39; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*. Ed. Montecorvo. 1971. Pág. 166.

⁶⁸ Denominación indistinta en la doctrina jurisprudencial: *vid.* Ss. TS 4 junio 1986 (Ar. 4882); 20 septiembre 1988 (Ar. 7143); 27 junio 1990 (Ar. 6486); 12 junio 1996 (Ar. 5064); 18 febrero 1997 (Ar. 2158). *Vid.* la recopilación jurisprudencial, CARRERA GIRALT, J. y CARRERA LÁZARO, E.: *Los Altos Cargos de la Empresa*. Edit. Bosch, 1994.

⁶⁹ Sobre exclusión de administradores pasivos y funciones, *vid.* BORRAJO DACRUZ, E. *Administradores sociales y Seguridad Social cit.* 1993. Pág. 470; PUIGBÓ OROMI, J. *Socios, administradores y altos cargos de la empresa. Situación laboral y respecto de la Seguridad Social*. ICAB. Barcelona. 1993. Pág. 69.

⁷⁰ Ss. TS 29 septiembre 1988 (Ar. 7143); 21 enero 1991 (Ar. 65); 3 junio 1991 (Ar. 5123); 22 diciembre 1994 (Ar. 10221); STSJ Andalucía 22 mayo 1997 (AS 3865).

marse que existe una progresiva asunción de este modo de organización con carácter presidencialista, de tal manera que el Presidente del Consejo ostenta las facultades concernientes al funcionamiento del Consejo ⁷¹ junto a funciones de carácter ejecutivo ⁷².

- b) Una segunda opción organizativa es la de distribuir las funciones ejecutivas entre uno o varios Consejeros Delegados, ya sea en forma estatutaria o por delegación interna. En cualquier caso, ora por recogerse así en los estatutos, ora por la preceptividad del asiento ⁷³, la inscripción en el Registro Mercantil será la que identifique y determine las facultades de los Consejeros Delegados, que generalmente desempeñarán funciones de dirección y gerencia de la sociedad.
- c) Una tercera opción organizativa que apuntamos es la del nombramiento de una Comisión Ejecutiva en el seno del Consejo, con facultades delegadas. Para determinar el carácter de administrador activo de los miembros de la Comisión Ejecutiva, atendido que rige el principio de libertad de organización, habrá que estar a lo que se disponga en los estatutos o en las reglas de funcionamiento interno ⁷⁴.

Generalmente, el carácter de administrador activo se circunscribirá a los miembros de la Comisión Ejecutiva, que usualmente tendrán funciones de dirección y gerencia de la sociedad, descartando al resto de los Consejeros. En cualquier caso, la inscripción en el Registro Mercantil recogerá las facultades delegadas de cada miembro del Consejo de Administración, de donde se podrán escrutar los supuestos, que cabe considerar generales, en que dichas facultades signifiquen el desempeño de funciones de dirección y gerencia.

Deslindado el concepto de administrador activo, cabe ahora acudir al dato relevante para su encuadramiento en el RETA, cual es el carácter retribuido del cargo.

El administrador activo que regula el apartado 1 a) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS es el que hemos denominado como «propio», es decir, aquel que se presenta como tal, siendo retribuido por desempeñar el cargo que realmente ostenta, de administrador social. Por tanto, la retribución que percibe no tiene naturaleza salarial, por derivar de la relación mercantil que le vincula con el ente societario ⁷⁵.

⁷¹ Ya sean facultades preceptivas, como la de convocatoria y firma del acta de las reuniones (*cf.* arts. 140 y 142 LSA) o por delegación interna.

⁷² *Vid.* más ampliamente SALELLES CLIMENT, J.R. *El funcionamiento del Consejo de Administración*. Ed. Civitas. 1995. Págs. 258-259.

⁷³ *Cfr.* artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil.

⁷⁴ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Ed. Civitas. Tomo VI. 1995. Págs. 470-471.

⁷⁵ Es por este motivo que se les excluía del ámbito de la prestación por desempleo en la jurisprudencia inmediatamente anterior: *vid.* Ss. TS 14 mayo 1997 (Ar. 4271) y 26 mayo 1997 (Ar. 5392), entre otras. En la práctica, lo usual es que el administrador perciba una retribución, debido a la relación de prestación de servicios que existe, y que la gratuidad sea la característica que rijan las relaciones en sociedades de tipo familiar o en sociedades unidas entre sí por el vínculo personal de los administradores.

Cuando el administrador es remunerado de esta forma «natural», dicha retribución ha de estar fijada de modo claro y preciso en los estatutos sociales ⁷⁶, de tal manera que habrá que acudir a lo que dispongan los estatutos del ente para determinar el carácter retribuido del cargo de administrador social.

En la práctica, los sistemas de retribución de los administradores sociales suelen consistir en:

- a) Participación en los beneficios, con los límites establecidos legalmente.
- b) Dietas de asistencia; y
- c) Retribución fija.

Las cláusulas de los estatutos sociales que contemplan la retribución de los administradores deben precisar el concreto sistema a aplicar o, al menos, establecer un sistema mixto.

En el caso de que la retribución por desempeñar el cargo de administrador coexistiera con otras retribuciones de otra naturaleza por prestación de servicios, sería indiferente a efectos de encuadramiento en el RETA, atendida la redacción del apartado 1 a) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

Cuestión distinta es la compatibilidad de la retribución «natural» del administrador con otras retribuciones «impropias», sobre la que entraremos a profundizar en el siguiente apartado.

La nota de la retribución, unido al carácter de administrador activo, es lo que determina el encuadramiento en el RETA, según el apartado 1 a) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

2.2. Los administradores activos impropios.

El apartado 1 b) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS encuadra en el RETA a los administradores activos, cualquiera que sea la apariencia con la que se presenten, por lo que su tipicidad en el RETA exige únicamente dos requisitos:

- a) Que se trate de un administrador activo; y
- b) Que perciba retribución de la sociedad.

⁷⁶ Sobre la preceptividad de constancia estatutaria de la retribución, *vid.* Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1991 (BOE 5 marzo 1991).

Es indiferente que el cargo de administrador sea remunerado o gratuito, así como que la naturaleza de los servicios por los que resulta retribuido con cargo a la sociedad lo sea con motivo de una relación laboral, civil o mercantil: cualquiera de las combinaciones anteriores da lugar al encuadramiento en el RETA.

En contraposición a los administradores activos «propios», que resultan retribuidos por desempeñar el cargo de administrador, a los administradores activos comprendidos en el apartado 1 b) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS los denominamos «impropios», porque están ligados por un doble vínculo con la sociedad, que incluso se presenta con apariencia distorsionada, cuando es gratuito el desempeño del vínculo que cabe considerar como principal (administrador activo) y es retribuido el segundo de los vínculos (generalmente, laboral). En definitiva, la norma de encuadramiento ahora comentada viene a dar respuesta normativa a la problemática del doble vínculo de los administradores activos, prescindiendo de la apariencia que pudiera derivarse de la relación retribuida.

Pasemos a analizar los dos requisitos que determinan la hipótesis de encuadramiento:

- a) En primer lugar ha de tratarse de un administrador activo, en las mismas condiciones que se han determinado en el apartado anterior.

Por tanto, a efectos de encuadramiento, se niega la compatibilidad de un segundo vínculo de naturaleza laboral con el cargo de administrador activo. No así cuando se trate de un administrador pasivo, cuya compatibilidad con la relación laboral, común o especial, es admitida por la norma ⁷⁷.

Al prescindir del segundo vínculo y poner el acento sobre el carácter ejecutivo del administrador social, puede preverse que la conflictividad aplicativa girará sobre la posible existencia de «funciones de dirección y gerencia».

Como se ha indicado, y prescindiendo de la facultad (interna) de gobierno propia de todo administrador, el elemento esencial de distinción entre administrador pasivo y activo descansa, respectivamente, en el carácter interno (consulta y asesoramiento) o externo (dirección y gerencia) de la actividad realizada en el ámbito de las facultades del administrador social.

⁷⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MORENO, C. «El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios...», *cit.* Pág. 6.

Atendida la configuración legal del personal de alta dirección como verdadero *alter ego* del empresario ⁷⁸, fácilmente puede pronosticarse que el supuesto más problemático lo sea el de administrador pasivo que, a su vez, tenga concertada una relación laboral especial de alta dirección, en el sentido de que puede encubrir situaciones fraudulentas ⁷⁹.

En estos casos, la propia técnica del fraude de ley vendría a dar solución a los supuestos en que, mediante el uso instrumental de un contrato de trabajo de alta dirección, se está encubriendo a un verdadero administrador ejecutivo, lo cual daría lugar a la aplicación de la norma eludida, con el correspondiente encuadramiento en el RETA.

- b) En segundo lugar, el administrador ha de ser retribuido por los servicios prestados a la sociedad, independientemente de la naturaleza de la relación por la que resulte remunerado.

El primer punto de análisis se plantea a propósito de la constancia en los estatutos sociales de la retribución por el segundo cargo, independientemente de su naturaleza, que perciba el administrador de la sociedad.

En este punto, la doctrina viene distinguiendo el supuesto en que el segundo cargo tiene naturaleza eminentemente social, en cuyo caso no es aceptable la remuneración adicional del administrador si no está prevista estatutariamente, del supuesto en que el administrador desempeña como segundo cargo una función de naturaleza estrictamente empresarial o técnica, donde no sería necesaria en principio la previsión estatutaria ⁸⁰.

⁷⁸ Sobre el concepto legal restrictivo, *vid.* BORRAJO DACRUZ, E. «El personal de alta dirección». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 22. 1985. Págs. 163-165; MUÑOZ CAMPOS, J. «El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el Real Decreto 1382/85». *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1986. Pág. 125; PENDAS DÍAZ, B. «El ámbito subjetivo de la relación laboral del alto directivo a la luz de la jurisprudencia». *Documentación Laboral*. Diciembre 1985. Pág. 33; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «La relación laboral especial...» *cit.* 1988. Pág. 170; SALA FRANCO, T. *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Ed. Deusto. 1990. Pág. 34. En cuanto a la delimitación jurisprudencial del concepto, en sentido restrictivo, y entre otras, Ss. TS 27 octubre 1986 (Ar. 5091); 13 noviembre 1988 (Ar. 8044); 13 marzo 1990 (Ar. 2065); 21 enero 1991 (Ar. 43); 22 diciembre 1994 (Ar. 10221).

⁷⁹ Ha de observarse que la jurisprudencia había admitido en algunos casos la compatibilidad entre el vínculo de administrador activo con la relación laboral [*Vid.* Ss. TS 13 diciembre 1990 (Ar. 10481); 5 febrero 1993 (Ar. 746) y 8 junio 1995 (Ar. 5168), entre otras]. Tras la redacción de la Ley 66/1997, al devenir incompatible *ex lege*, a efectos de encuadramiento, el administrador activo con el alto directivo, pueden originarse problemas aplicativos respecto de altos directivos que sean administradores activos *de facto*.

⁸⁰ *Vid.* más ampliamente POLO, E. «Los Administradores y el Consejo de Administración» en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Ed. Civitas. 1992. T.VI. Pág. 195. También puede verse extensamente sobre la retribución de los administradores BLANQUER UBEROS, R. «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General». *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 211-212. 1994. Págs. 11-68; LÓPEZ DE MEDRANO, F. «En torno a la retribución de los administradores de las Sociedades Anónimas». *Revista General del Derecho*. núms. 577-578. 1992. Págs. 1.028-1.076; SÁNCHEZ CALERO, F. «Administradores» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo IV. Madrid. 1994.

Por tanto, la constancia estatutaria no siempre es preceptiva, por lo que, en su caso, al solicitar el alta habrá de aportarse el contrato del que derive el carácter retribuido de los servicios prestados por el administrador social.

Como segundo punto de análisis debemos poner en relación lo dispuesto en el apartado 1 b) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS con la regulación contenida en el Decreto 2530/1970, que recoge la definición de trabajador por cuenta propia o autónomo, de lo que resulta que es necesaria la habitualidad del trabajo realizado a título lucrativo⁸¹. Esta nota de habitualidad también se desprende de la interpretación literal del citado apartado 1 b) cuando refiere a que debe existir «remuneración como contraprestación de los servicios realizados para la misma sociedad».

De ello se deriva que la retribución por la prestación de servicios del administrador ha de tener carácter continuado, lo que sucederá en todo caso cuando el segundo cargo constituya una relación laboral común o especial.

Ello nos lleva a excluir los supuestos en que, siendo gratuito el cargo de administrador, la prestación de servicios remunerados por parte del mismo tenga carácter puntual o esporádico, es decir, que se desarrolle en un marco obligacional sin continuidad temporal.

Como tercer y último punto de análisis, debe indicarse que la naturaleza de la relación de la que resulta la remuneración es indiferente a efectos de encuadramiento en el RETA.

El apartado 1 b) comentado cita expresamente los supuestos de relación laboral común o especial, como respuesta normativa a la problemática del doble vínculo administrador activo-trabajador por cuenta ajena.

Desde luego, también puede estar ligado el administrador por una relación retribuida de naturaleza mercantil o civil (*v.gr.* arrendamiento de servicios), en cuyo caso también se dará el supuesto típico que determina el encuadramiento en el RETA.

Por último, ha de indicarse que no pueden incluirse como supuesto de remuneración las contraprestaciones económicas derivadas de la condición de accionista o partícipe por beneficios de la sociedad, puesto que no tienen relación causal con una prestación de servicios por parte del administrador.

⁸¹ BLASCO LAHOZ, J.F. «Sujetos incluidos en el RETA» *cit.* 1996. Pág. 23; ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas...» *cit.* 1994. Pág. 12.

3. Socios trabajadores con control efectivo.

La denominación utilizada en este apartado de «socios trabajadores», en referencia a los encuadrados en el RETA por el apartado c) del punto 1 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS, viene motivada por la tipicidad en cuanto al encuadramiento en el RETA de los administradores activos (tanto los que hemos denominado propios como los impropios, por compatibilizar su función en el órgano de administración de la sociedad con otras de naturaleza laboral).

Ello supone que en el caso del administrador activo no será necesario acudir a la constatación de la existencia de control efectivo, puesto que su inclusión en el RETA hace prescindir de cualquier otra consideración. En este sentido, el control efectivo del ente social es un elemento fáctico subsidiario, al que no es necesario acudir cuando el sujeto ostente la condición de administrador activo, en cualquiera de sus modalidades, y ello aun cuando el cargo de administrador sea gratuito⁸².

La inicial inclusión de estos socios trabajadores en el RGSS, puede verse negada por la existencia de control efectivo del socio en la sociedad, lo que aboca a su encuadramiento en el RETA.

En este punto, es indudable la complementariedad entre el artículo 97.2 k) de la LGSS y la disposición adicional vigésimo séptima punto 1 c), que ofrecen la doble faz en cuanto al régimen de encuadramiento del socio trabajador de las sociedades de capital, Régimen General o RETA, atendiendo al control efectivo.

El apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS no define qué se entiende por control efectivo, sino que únicamente configura unas presunciones legales en donde se entiende concurrente. Atendida dicha configuración legal, podemos deducir dos supuestos bien distintos en los que se entiende concurrente el control efectivo:

- a) El que se ejercita por una persona física, que domina la marcha de la sociedad (*v.gr.* socio paritario o mayoritario y socio minoritario mayoritario) o por un grupo de personas reconducibles a una unidad (*v.gr.* sociedades familiares); y
- b) El que se ejercita por un grupo de personas que, sin dominar la marcha de la sociedad, asumen el riesgo de la empresa (*v.gr.* sociedades de trabajadores), concepto este más cercano técnicamente al de trabajo por cuenta propia que al de control efectivo.

⁸² Se incluirían en el supuesto normativo del apartado 1 b) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS. Incluso en la práctica, ha de tenerse en cuenta que en algunas de las presunciones utilizadas en la disposición adicional, el cargo de administrador es usualmente gratuito, como en el caso de las sociedades familiares (PALOMINO SAURINA, P. «La responsabilidad de los administradores de las SA» *Revista Tapia*, núm. 98. 1998. Pág. 58).

Para concretar el concepto de control efectivo, deben analizarse las tres hipótesis normativas que se nos ofrecen:

- a) Una primera, para el socio paritario o mayoritario, respecto del cual se establece una presunción *iuris et de iure* de control efectivo.
- b) La segunda hipótesis, para los supuestos recogidos en el propio apartado c) de participación directa o indirecta en el capital social, a cuyo efecto se establece una serie de presunciones *iuris tantum* de control efectivo, si bien con algunas imprecisiones técnicas como se verá; y
- c) La tercera, para supuestos en que, no cumpliéndose los requisitos establecidos legalmente en cuanto a la participación directa o indirecta en el capital social, la Administración pueda probar la existencia de un control efectivo en la sociedad.

Por tanto, a través de la técnica de las presunciones, se definen los supuestos de control efectivo, en los cuales la norma prescinde de la personalidad jurídica del ente societario en la relación laboral entablada, descartando de esta forma la existencia de dependencia y/o ajenidad entre la persona física y la sociedad, y prescribiendo en consecuencia el encuadramiento en el RETA.

Esta técnica normativa de prescindir de la personalidad jurídica para dar respuesta normativa distinta a las personas físicas que la componen, no es desconocida en nuestro ordenamiento.

Concretamente, la Ley 44/1978, reguladora del IRPF, introdujo el régimen de transparencia fiscal como una manifestación de la doctrina del levantamiento del velo en el ámbito del impuesto ⁸³, de manera que en sus modalidades obligatorias prescindía de la sociedad, la hacía transparente, imputando las bases imponibles a los socios, evitando así la elusión fiscal que se lograría con la interposición de la persona jurídica ⁸⁴.

⁸³ TATO PLA, F.; BENGOCHEA SALA, J.M.; SIMÓN MARTÍNEZ, J. *El IRPF de los empresarios y profesionales*. EDERSA. 1993. Pág. 53. Hay que matizar que en su redacción originaria coexistían supuestos de transparencia fiscal que tenían por objeto evitar la doble imposición, que se configuraban con carácter voluntario para las pequeñas y medianas empresas, si bien son derogados por Ley 44/1985, de 27 de diciembre, quedando únicamente en la actualidad [art. 75 y ss. Ley 43/1995, de 27 de diciembre (BOE 28-12-1995), del Impuesto de Sociedades], supuestos de levantamiento del velo societario en entes considerados como «pantalla» o ficticios.

⁸⁴ *Vid.* más ampliamente las Ss. TS (3.ª) 1 abril 1996 (Ar. 8594) y 20 diciembre 1996 (Ar. 586/97), que realizan un interesante análisis del régimen de transparencia fiscal en la redacción anterior de la Ley de 1978.

La técnica aplicativa es similar a la que posteriormente promovería la Administración en materia de encuadramiento en el RETA de los socios trabajadores⁸⁵ y con la utilizada en la norma ahora comentada: la consecuencia de la transparencia fiscal es que el socio trabajador tributa como si ejerciera como autónomo, en tanto que el encuadramiento en el RETA del socio trabajador también se deriva del ejercicio de su actividad como autónomo, prescindiéndose de la ajenidad formal que supone la interposición del ente societario. Incluso, la aproximación de ambos regímenes normativos (transparencia fiscal-socios trabajadores con control efectivo) puede constatarse en el hecho de que en los dos casos no se prescinde totalmente del ente societario, a quien se reconoce personalidad jurídica a la hora de tener que soportar las obligaciones formales impuestas por la ley.

Pero, sin duda, la mayor aproximación se produce en el caso de las sociedades de mera administración del patrimonio de los socios, que posteriormente serán objeto de análisis, cuyos socios quedan excluidos del sistema de la Seguridad Social, a cuyo efecto la Ley 66/1997 toma como punto de partida el concepto de sociedad de mera tenencia de bienes incluido en el régimen de transparencia fiscal establecido en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sociedades⁸⁶.

La conexión del ordenamiento financiero y el de la Seguridad Social en estos puntos parece lógica, si se atiende a que en ambos casos se afecta a la actividad financiera del Estado, por lo que las técnicas para evitar situaciones fraudulentas, bien pueden ser homogéneas⁸⁷.

Con todo, la regulación del control efectivo por la Ley 66/1997 recoge otras influencias legales y jurisprudenciales, tomadas de la interpretación antecedente del control efectivo, que deben ser estudiadas, distinguiendo las tres hipótesis normativas antes referidas: presunción *iuris et de iure*, presunciones *iuris tantum* y control efectivo probado por la Administración.

3.1. La presunción *iuris et de iure*.

El apartado c) del punto 1 establece un supuesto de control efectivo que no admite prueba en contrario: el caso del socio paritario o mayoritario.

⁸⁵ SERRA CALLEJO, J. y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.A. *La prestación de servicios de socios y administradores en las sociedades de capital*. Ed. Estudios Financieros. 1995. Pág. 122.

⁸⁶ BENEYTO CALABUIG, D. «Los socios trabajadores 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. 1998. Pág. 54.

⁸⁷ Junto a la histórica conexión ordenamiento laboral-ordenamiento de la Seguridad Social, no debe dejar de tenerse en cuenta la posible conexión de éste con el ordenamiento financiero: en ambos casos, se afecta a los ingresos y gastos públicos, con vertiente presupuestaria incluso en el caso de la Seguridad Social, ante lo cual parece lógico que exista cierta inspiración en figuras creadas por el ordenamiento financiero, de mayor perfección técnica, y cuya finalidad es la de preservar el ingreso o gasto público frente a situaciones ficticias o fraudulentas.

Con anterioridad a la Ley 66/1997, la doctrina⁸⁸ y la jurisprudencia⁸⁹ se habían pronunciado reiteradamente en favor del encuadramiento en el RETA de los socios trabajadores mayoritarios. Sin embargo, más recientemente, la doctrina del TS excluyó del sistema de la Seguridad Social a los socios mayoritarios que desempeñaban funciones de administración activa⁹⁰, línea jurisprudencial que cambia con la STS de 29 de enero de 1997⁹¹ y posteriores⁹² que entienden que el socio mayoritario debe estar encuadrado en el RETA.

La *ratio* del encuadramiento en el RETA de los socios mayoritarios hay que buscarla en la ausencia de ajenidad en la prestación de servicios: los socios con mayoría de capital están en condiciones de adoptar por sí mismos todas las decisiones de trascendencia que afectan a la vida y marcha de la sociedad⁹³ y, en consecuencia, desempeñan una actividad por cuenta propia.

Más fronterizo era el supuesto del socio paritario, es decir, aquel que posee la mitad del capital social, si bien se postuló su asimilación al socio mayoritario por considerar que no existe ajenidad⁹⁴. Éste fue también el criterio de la interpretación jurisprudencial⁹⁵ que entendía que no existe ajenidad en la prestación de servicios del socio paritario, sobre todo cuando desempeñaba funciones de administrador, por ser proyección de su titularidad en la empresa.

La Ley 66/1997, al establecer la presunción *iuris et de iure* respecto de los socios mayoritario y paritario, recoge el criterio exegético que se venía sosteniendo de forma uniforme, coherentemente con lo que se presenta como un uso instrumental de la persona jurídica, que encubre situaciones de actividad por cuenta propia del socio que posee, al menos, el 50 por 100 del capital social.

⁸⁸ BLASCO LAHOZ, J.F. «Sujetos incluidos en el RETA». Ed. Tirant lo Blanch. *Colección Laboral*, núm. 36. 1996. Pág. 46; DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA «Regímenes de encuadramiento en la Seguridad Social de aquellos socios que prestan sus servicios en distintos tipos de sociedades». *Actualidad Laboral*. Tomo II. 1993. Pág. 355; ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas. Problemática de su afiliación al Régimen General o al de Autónomos», *Tribuna Social*, núm. 39. 1994. Pág. 13; MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias...» *cit.* 1994. Pág. 42.

⁸⁹ Ss. TS 1 octubre 1985 (Ar. 4639); 24 septiembre 1987 (Ar. 6433); 30 septiembre 1987 (Ar. 6433); 27 enero 1992 (Ar. 76); 23 noviembre 1992 (Ar. 8837); entre otras.

⁹⁰ *Vid.* Ss. TS 4 junio 1996 (Ar. 4882); 6 junio 1996 (Ar. 4946) y 12 junio 1996 (Ar. 5064).

⁹¹ Ar. 640.

⁹² Ss. TS 30 enero 1997 (Ar. 1836); 6 febrero 1997 (Ar. 1837); 18 febrero 1997 (Ar. 2158); 4 marzo 1997 (Ar. 2245); 14 marzo 1997 (Ar. 2472); 20 marzo 1997 (Ar. 3577); 14 abril 1997 (Ar. 3061); 3 julio 1997 (Ar. 6135); 11 noviembre 1997 (Ar. 8309).

⁹³ *Cfr.* artículos 93.1 de la LSA y 53.1 de la LSRL. *Vid.* Ss. TS 24 septiembre 1987 (Ar. 6381); 26 abril 1991 (Ar. 3334); 23 mayo 1991 (Ar. 4198). Ss. TSJ Extremadura 15 julio 1993 (AS 3238); Valencia 21 abril 1993 (AS 251); Madrid 21 octubre 1994 (AS 4125) y 27 junio 1995 (AL núm. 44 de 1995); Cantabria 14 enero 1993 (AS 198); Navarra 14 julio 1993 (AS 3293); País Vasco 27 abril 1993 (AS 1726).

⁹⁴ BORRAJO DACRUZ, E. «Socio-trabajador y administradores de sociedades...» *cit.* *Actualidad Laboral*, núm. 39. 1997. Pág. 960.

⁹⁵ Ss. TSJ Castilla y León 7 octubre 1991 (AS 5622); Andalucía 9 septiembre 1992 (AS 4289) y 13 enero 1993 (AS 182); Aragón 6 noviembre 1991 (AS 6286); Madrid 2 noviembre 1993 (AS 5018) y 14 octubre 1994 (AL núm. 18 de 1995); Extremadura 15 julio 1993 (AS 3238).

Las fluctuaciones de la titularidad del capital social en este tipo de sociedades parecen poco probables, al tratarse de entes de naturaleza eminentemente personalista. No obstante, aun cuando se produjera transmisión del capital social por el socio paritario o mayoritario a terceras personas, difícilmente produciría un cambio de encuadramiento, puesto que se vería afectado por alguna de las presunciones *iuris tantum* del control efectivo que posteriormente serán objeto de análisis.

En cualquier caso, una transmisión de capital social que tuviera como efecto la pérdida del control efectivo, por situarse la participación del socio transmitente por debajo de los umbrales exigidos en el apartado c) de la disposición adicional comentada, manteniendo la vigencia de la relación laboral concertada, supondría un cambio de encuadramiento al Régimen General, sin perjuicio de que la Administración pudiera probar la subsistencia del control efectivo.

3.2. Las presunciones *iuris tantum*.

Las presunciones contenidas a renglón seguido en el precepto comentado combinan varios elementos de configuración para definir el control efectivo, si bien se presenta como principal el elemento que se refiere a la participación del trabajador, directa o indirecta, en el capital social. Junto a este elemento principal, la norma atiende a otros dos elementos: la dimensión de la empresa y la posición del socio trabajador en la dirección y gestión de la sociedad.

No obstante, hay que subrayar que la presunción contenida en la circunstancia segunda no se corresponde con un supuesto de control efectivo, por cuanto atiende a la naturaleza de la relación entre el socio y la sociedad, prescindiendo de la incidencia de su voluntad individual en la marcha de la sociedad. Sólo así se explica que el porcentaje de participación del socio trabajador sea irrelevante, pues la *ratio* de su inclusión en el RETA no es tanto el control que ejerce sobre la sociedad, sino el definir una prestación de servicios por cuenta propia, atendida la participación del socio en los riesgos de la sociedad.

El análisis por separado de cada una de las presunciones establecidas en el precepto resulta necesario para la comprensión de las mismas.

A) SOCIEDADES FAMILIARES.

Las denominadas sociedades familiares, es decir, aquellas en que la mayoría del capital social pertenece a personas unidas por lazos de parentesco es un tema que no fue perfilado nítidamente en la jurisprudencia anterior a la Ley 66/1997.

Se venían distinguiendo dos tipos de sociedades de base familiar ⁹⁶:

⁹⁶ Distinción que realiza LÓPEZ DE ANIORTE, M.C. *Ámbito subjetivo del RETA*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 241.

1. Aquellas cuyos socios coinciden con los propios cónyuges o hijos que todavía permanecen en el hogar. En estos casos, se aplicaba la presunción de no laboralidad del artículo 1.º 3 e) del ET, y, en consecuencia, tenían la consideración de trabajadores autónomos encuadrados en el RETA ⁹⁷.
2. Aquellas sociedades familiares en que participaban socios ajenos a la unidad familiar. En estos supuestos se diferenciaban los familiares que, bien en solitario o junto con otros miembros de la unidad familiar, cuentan con un número de acciones o participaciones que les permitía hacer ejercer el control efectivo de la sociedad, del resto de familiares a los que les era de aplicación la presunción de no laboralidad ⁹⁸.

No obstante, la inexistencia de un concepto legal de sociedad familiar en el ordenamiento de la Seguridad Social ⁹⁹ y la relevancia de la situación de parentesco a la hora de estimar concurrente la relación laboral ¹⁰⁰, hacía necesario definir el concepto a efectos de encuadramiento en el Régimen de Seguridad Social correspondiente.

La circunstancia primera del apartado 1 c) toma como referencia el artículo 7.º 2 de la LGSS ¹⁰¹, estableciendo la presunción para trabajadores de sociedades en las que, al menos la mitad de su capital social, se encuentre distribuido entre socios a quienes se encuentren unidos por vínculo conyugal o de parentesco por consaguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, si bien prescinde de la situación de convivencia familiar y del carácter de socio del trabajador, lo cual amplía en exceso, a nuestro juicio, la presunción *iuris tantum* de control efectivo.

En efecto, resulta irrelevante para que surja la presunción que el trabajador participe o no en el capital social de la sociedad familiar, pues lo relevante es su pertenencia al grupo familiar; si a ello unimos que se prescinde del dato de la convivencia, observamos que, *de facto*, se amplía notablemente el ámbito subjetivo en relación al trabajo desempeñado, en idéntica situación, para familiares que sean personas físicas.

⁹⁷ Vid. Ss. TSJ Castilla y León 3 febrero 1992 (AS 682) y 24 enero 1995 (AS 204); Cantabria 14 enero 1993 (AS 198); Asturias 25 febrero 1994 (AS 1857); Madrid 26 septiembre 1995 (AS 3354).

⁹⁸ STSJ País Vasco 9 septiembre 1993 (AS 4128).

⁹⁹ Debe observarse que el artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades considera transparentes a las sociedades familiares de valores o de mera tenencia de bienes, si bien el parentesco se amplía hasta el cuarto grado, al igual que en el caso de sociedades de profesionales, artistas y deportistas [art. 75 b) y c)]. Esta amplitud no parecía adecuarse a los efectos pretendidos en la norma ahora analizada, que pretende definir un concepto más estricto como es el de control efectivo.

¹⁰⁰ Cfr. artículo 1.º 3 e) del ET y artículo 7.º 2 de la LGSS.

¹⁰¹ Así se explicitaba en la Memoria Justificativa del Proyecto de Real Decreto por el que se asimila a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de inclusión en el RGSS, a determinados miembros del órgano de administración y trabajadores de las sociedades mercantiles capitalistas de fecha 16 de septiembre de 1996, que citaba la STS 29 de octubre de 1990; y las Ss. TSJ Castilla-La Mancha 6 noviembre 1991, y Cataluña 4 octubre 1991 y 17 enero 1992, como resoluciones que habían adoptado este criterio.

Todas estas consideraciones hacen prever una conflictiva aplicación de la presunción en la práctica, siendo fácilmente intuible un múltiple casuismo que requerirá de un análisis concreto de cada caso ¹⁰².

Sin embargo, podrían apuntarse determinadas situaciones fácticas de carácter genérico que nos permiten efectuar un pronóstico razonable de encuadramiento:

- a) Sociedades familiares con socio mayoritario. Convergerían en este caso la presunción *iuris et de iure* de control efectivo del socio mayoritario con la *iuris tantum* de los familiares que trabajan en la empresa familiar, participen o no en el capital social.

En el caso de familiares no socios, parece que la solución ha de ser análoga al caso de trabajo de familiares para el empresario persona física: incluso el supuesto de hecho está más cercano a la presunción de no laboralidad del artículo 7.º 2 de la LGSS que al de control efectivo de la sociedad ¹⁰³. Por este motivo, sería de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 40 del Real Decreto 84/1996 ¹⁰⁴, debiendo entenderse que la presunción quedaría desvirtuada por la declaración del empresario y del familiar en las circunstancias recogidas en el precepto, con el consiguiente encuadramiento en el Régimen General.

Cuando los familiares son socios, la solución apuntada no parece que pueda arbitrarse con carácter genérico, puesto que la posible falta de ajenidad que se deriva de la presunción resultaría reforzada por la participación del familiar trabajador en el capital social. Por tanto, habrá que estar al porcentaje de participación, sin prescindir de otros elementos valorativos tales como la situación de convivencia o de independencia económica entre familiares ¹⁰⁵.

¹⁰² PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. «Los "retoques" en la parte general del Derecho de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998. Especial referencia a los administradores sociales y al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas». *Relaciones Laborales*, núm. 5. 1998. Pág. 109.

¹⁰³ Parece que en este caso, es el socio mayoritario el que ejerce el control efectivo, según expresamente preceptúa la propia norma, al establecerlo con carácter *iuris et de iure*. Por tanto, aun cuando se pueda extender el control efectivo a los familiares según la presunción ahora analizada, es lógico pensar que debe primar el control que ejerce el socio mayoritario por su participación en el capital social, el cual es además independiente de que concurran o no otros familiares en la composición de la sociedad. De esta forma, el supuesto de hecho está más próximo a la presunción de no laboralidad de los artículos 1.º 3 e) del ET y 7.º 2 de la LGSS, especialmente cuando el trabajador familiar no es socio.

¹⁰⁴ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE 26 febrero 1996).

¹⁰⁵ BORRAJO DACRUZ, E. («Socios trabajadores y administradores de sociedades de capital...» *cit. AL* núm. 39. 1997. Pág. 960), pone el acento en estos datos para determinar la existencia de ajenidad.

- b) Sociedades familiares sin socio mayoritario. En estos casos, hay que distinguir que se trate de familiares no socios o de familiares socios.

En el caso de familiares no socios, los motivos que hemos expuesto para la aplicación analógica del artículo 40.1 del Real Decreto 84/1996 son válidos: la cercanía del supuesto de hecho con la presunción de no laboralidad más que con el supuesto de control efectivo, ya que éste sería ejercido propiamente por los socios familiares del trabajador.

En el caso de familiares socios, la presunción de control efectivo que supone el encuadramiento en el RETA sólo podría desvirtuarse de la combinación de elementos valorativos que llevaran a otra conclusión. Serían de especial relevancia elementos tales como la participación en el capital social del socio trabajador, la situación o no de convivencia con los otros familiares que participan en la sociedad, el régimen económico-matrimonial, el grado mayor o menor de parentesco de los socios dentro de los límites de la presunción, la existencia o no de dependencia económica de los socios en relación con la sociedad, o la propia naturaleza del ente societario, según haya o no limitaciones estatutarias a la transmisión del capital social fuera del círculo familiar ¹⁰⁶.

Junto a estas consideraciones genéricas, debemos puntualizar otra cuestión que podría ofrecer problemas en la práctica, como es el caso de las parejas de hecho ¹⁰⁷.

En este caso, no podría extenderse la aplicación del precepto a la situación de sociedad familiar donde no existe vínculo matrimonial entre los socios, y ello porque estamos ante una norma restrictiva de derechos, lo cual hace inviable su aplicación analógica.

Distinto es que la Administración, al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del precepto, pueda demostrar el control efectivo, tomando como referencia esta presunción, lo cual resulta especialmente factible en los casos en que existan descendientes comunes entre los convivientes de hecho que participen también en el capital social.

¹⁰⁶ Como puede apreciarse, el casuismo es muy elevado y difícilmente pueden deducirse conclusiones para casos concretos. No obstante, puede dejarse indicado que, a favor de la presunción de control efectivo, jugarían la mayor participación en el capital social, la situación de convivencia con otros familiares socios, el régimen económico de gananciales, el grado más cercano de parentesco, la dependencia económica del núcleo familiar en relación a los rendimientos sociales de cualquier tipo, o las limitaciones estatutarias a la transmisión de capital social fuera del círculo familiar. En contra de la presunción, jugarían los elementos antedichos en forma inversa. La STS 25 noviembre 1997 (Ar. 8627) declaró en un supuesto de socio familiar que posee el 10 por 100 del capital social, conviviendo con su madre que posee el 35 por 100, que las presunciones *iuris tantum* de los artículos 1.º3 e) del ET y 7.º2 de la LGSS han quedado desvirtuadas mediante la prueba de que el actor trabajó y percibió retribución en cuanto trabajador por cuenta ajena, sin que el parentesco con titulares de la sociedad o su participación como accionista puedan contrarrestar tal conclusión.

¹⁰⁷ La doctrina del Tribunal Constitucional no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que sea merecedora del mismo tratamiento, en materia de pensiones de la Seguridad Social, que el dispensado a quienes han ejercitado el derecho a contraer matrimonio. Entre otras, STC 29/1991 y 77/1991 (BOE 15 marzo 1991 y 14 mayo 1991). ALONSO OLEA, M.: «Familia, Matrimonio y Pensión de Viudedad» REDT. Edit. Civitas, núm. 46, 1991.

B) SOCIEDADES DE TRABAJADORES.

La segunda de las presunciones de control efectivo se establece para pequeñas sociedades donde únicamente prestan servicios quienes tienen la condición de socios y, además, la aportación de trabajo para la entidad constituye título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

En estas condiciones, con independencia del capital social que posea el socio, se presume la existencia de control efectivo, lo cual no deja de ser una notable imprecisión técnica, pues de la lectura del apartado se observa que estamos ante un supuesto que tiene mejor encaje dentro del concepto de trabajo por cuenta propia, que en el utilizado de control efectivo ¹⁰⁸.

Anteriormente, la jurisprudencia había puesto de manifiesto que en Sociedades Anónimas o Limitadas, de pequeña entidad económica, reducido número de socios y marcado carácter personalista, era frecuente que la relación social se extendiera a la aportación de trabajo o industria ¹⁰⁹; en estos casos, cuando los socios eran a su vez los trabajadores únicos de la sociedad, no se entendía admisible la dualidad de vinculaciones, de tal manera que prevalecía la relación derivada del contrato de sociedad a la hora de proceder a calificar la naturaleza de la relación, puesto que la prestación de industria realizada constituye un título para el reparto de las ganancias sociales ¹¹⁰.

La presunción ahora analizada de la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997 recoge la jurisprudencia anterior en este punto, estableciendo dos condiciones para su operatividad:

- a) Que únicamente presten servicios los socios.
- b) Que la aportación de trabajo sea título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

La primera de las condiciones determina claramente que estamos en presencia de sociedades de pequeña dimensión económica, por cuanto únicamente prestan servicios personas que tienen la condición de socios ¹¹¹. Sin embargo, lo relevante para establecer esta presunción no es tanto la

¹⁰⁸ El Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996 [puede verse su texto y memoria justificativa en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros núm. 165. 1996] justificaba el encuadramiento en el RETA en que estas circunstancias fácticas (aportación de trabajo como título necesario para el reparto de ganancias sociales) impedían apreciar las notas de remunerabilidad y ajenidad del trabajo realizado, lo cual nos acerca al concepto de trabajo por cuenta propia o autónomo más que a la existencia de un control efectivo de la sociedad por parte del socio.

¹⁰⁹ LÓPEZ ANIORTE, M.C. «Ámbito subjetivo...». *cit.* 1996. pág. 240. En este punto se incluirían también las sociedades profesionales.

¹¹⁰ Ss. TS 8 junio 1989 (Ar. 4554); 7 abril 1993 (Ar. 1777). Ss. TSJ Murcia 29 junio 1995 (AS 2709) y País Vasco 20 junio 1995 (AS 2525).

¹¹¹ BENEYTO CALABUIG, D. «Socios trabajadores y administradores de sociedades mercantiles capitalistas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 179. 1998. Pág. 53.

dimensión de la empresa, como el que no presten servicios terceras personas, al entenderse que, cuando los socios son los trabajadores únicos, se apropian de los frutos derivados del trabajo y asumen el riesgo de la empresa ¹¹².

La problemática que plantea esta primera condición deriva de la indefinición del concepto «prestación de servicios» utilizado por la norma, el cual es utilizado por la propia disposición adicional para definir supuestos en los que no existe relación laboral, como es el caso de los administradores activos o ejecutivos ¹¹³. Incluso, existiendo relación laboral, habría que cuestionar si es suficiente la relación de naturaleza temporal o han de trabajar terceros no socios con vínculo de carácter indefinido.

Para dar respuesta a estas cuestiones habría que reiterar que no es posible a nuestro juicio una interpretación extensiva del precepto, dado que el RETA carece de carácter expansivo, lo cual determina que la prestación de servicios por terceras personas, ya sea como administrador, ya sea con relación laboral temporal o de carácter indefinido, impediría la aplicación de la presunción.

Claro que la falta de concreción del precepto lo hace especialmente sensible en relaciones laborales de carácter temporal, donde son posibles fluctuaciones en situaciones de trabajo de terceras personas no socios. En este punto, el desarrollo reglamentario se antoja como indispensable para dotar de seguridad jurídica a la materia ¹¹⁴.

La puesta en juego aplicativo de la presunción exige también *la segunda de las condiciones* apuntadas, es decir, que la aportación de trabajo sea título necesario para el reparto de las ganancias sociales.

Ello nos lleva al examen de la aportación de industria en el ámbito de las SA y de las SRL, la cual ha de concretarse en el contrato de sociedad a través de las prestaciones accesorias ¹¹⁵.

¹¹² BLASCO LAHOZ, F. «Sujetos incluidos en el RETA» *cit.* 1996. Pág. 46; MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración...» *cit.* 1994. Pág. 46; GARRIDO PALACIOS, J. y VILLALBA SALVADOR, B. «Régimen de Seguridad Social de los altos cargos societarios». *La Ley*, núm. 4.295. 26 mayo 1997. Pág. 6.

¹¹³ Así, el apartado a) del punto 1 recoge el supuesto de «prestación de servicios retribuidos» para los administradores activos.

¹¹⁴ La necesidad de desarrollo reglamentario de las presunciones de la Ley 66/1997 ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina en los primeros comentarios de la nueva regulación; *vid.* CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Reforma parcial de la Seguridad Social: comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y 66/1997 de 30 de diciembre, de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998». *Relaciones Laborales*, núm. 6. 1998. Págs. 39-41.

¹¹⁵ *Cfr.* artículo 9.1 de la LSA de 1989 que introduce la figura de la prestación accesoria como técnica de incorporación a las sociedades de capital de «aportaciones de industria», con claras influencias del derecho alemán e italiano. En el ámbito de las SRL, *vid.* artículos 22 a 25 que regulan su régimen jurídico.

La prestación accesoria puede consistir en la aportación de industria por parte del socio, prestación de servicios que puede estipularse con carácter subordinado o autónomo ¹¹⁶, pues la legislación societaria permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar las obligaciones societarias en que ha de consistir tal prestación ¹¹⁷. A los efectos del estudio de esta presunción, interesa destacar dos elementos: por una parte, que la prestación consistente en la aportación de trabajo por el socio ha de constar en los estatutos sociales ¹¹⁸, tanto si se establece *ab initio*, como si se pacta con posterioridad al funcionamiento de la sociedad ¹¹⁹.

Por otra parte, la aportación de trabajo ha de constituir título necesario para el reparto de las ganancias sociales, lo cual presupone que la prestación accesoria ha de ser retribuida, y que el trabajo del socio ha de constituir elemento necesario para el reparto de ganancias sociales, lo que, a su vez, nos obliga a deslindar una doble hipótesis fáctica, según se trate de sociedades en las que las acciones o participaciones sociales se atribuyan únicamente a socios trabajadores o coexistan socios no trabajadores.

En el caso de reparto de capital social íntegramente entre socios trabajadores, parece claro que la aportación de trabajo constituye título necesario para el reparto de ganancias sociales, con independencia de que la remuneración se pacte o no con cargo a los beneficios, pues en todo caso revertirían sobre los socios trabajadores. Por tanto, no sería necesaria cláusula estatutaria expresa.

En el caso de participación en el capital social de socios no trabajadores, se hace precisa cláusula estatutaria expresa que estipule la remuneración del trabajo con cargo a los beneficios ¹²⁰, aunque sea como retribución parcial, por lo que habrá que estar a la configuración de la prestación accesoria en los estatutos sociales para determinar si se da o no la condición analizada.

¹¹⁶ PEÑAS MOYANO, M.J. «Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas». *Revista de Sociedades*. Ed. Aranzadi. núm. 7. 1996. Pág. 227.

¹¹⁷ Excede del objeto de nuestro estudio el análisis de la naturaleza de las obligaciones societarias mediante las cuales el socio aporta trabajo para la sociedad. Baste indicar aquí que la doctrina se decanta por primar el carácter de obligación societaria cuando existe trabajo subordinado, cuyo régimen jurídico se rige por las normas comunes de las obligaciones (PEÑAS MOYANO, M.J. «Las prestaciones accesorias...» *cit.* Pág. 227; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. *Aportaciones no dinerarias en la SA*. Ed. Aranzadi. 1997. Pág. 55), sin perjuicio de que puedan realizarse aplicaciones análogas de la norma laboral o, incluso, desplazar el régimen jurídico en caso de situaciones de fraude, cuando la prestación accesoria encubre situaciones que constituyen una relación de naturaleza laboral.

¹¹⁸ ÁVILA NAVARRO, P. *La Sociedad Limitada*. T. I. Ed. Bosch. 1996. Págs. 210-211; ALZAGA VILLAMAAIL, O. y otros autores. *Comentarios a la Ley 2/1995 de SRL*. Ed. EDERSA. 1995. Pág. 97; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. «Aportaciones no dinerarias en la SA» *cit.* pág. 54; VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. Ed. Tirant lo Blanch. 8.ª Ed. 1995. Pág. 337.

¹¹⁹ La creación, modificación y extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias debe acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos, lo cual supone la aplicación de lo dispuesto en el artículo 145.2 de la LSA y del artículo 25 de la LSRL (voto favorable de más de la mitad de los votos sociales y consentimiento de los obligados).

¹²⁰ En la práctica, esta cláusula de remuneración con cargo a los beneficios sociales es la más frecuentemente utilizada, aunque desde luego es admisible una remuneración que no sea con cargo a los beneficios (ALZAGA VILLAMAAIL, O. y otros autores «Comentario a la Ley 2/1995...» *cit.* Pág. 100).

En consecuencia, en la práctica, habrá que acudir a los estatutos de la sociedad para determinar si el capital social se reparte íntegramente entre socios trabajadores o, en caso de que no sea así, si la obligación social de prestación de trabajo resulta retribuida con cargo a los beneficios, supuestos ambos en los que se dará la condición para la inclusión en la presunción del apartado segundo.

Para concluir con el análisis de esta presunción, ha de indicarse que su propia configuración como supuesto más cercano al concepto de trabajo autónomo o por cuenta propia, determina que sean poco previsibles supuestos en que quepa desvirtuar la presunción.

C) SOCIEDADES CON TRABAJADORES NO SOCIOS.

Las presunciones recogidas en los párrafos tercero y cuarto del apartado 1 c) de la disposición adicional comentada, se refieren propiamente a supuestos de control efectivo respecto de socios que, aun contando con una minoría del capital social (al menos una tercera parte, o la cuarta parte, cuando desempeñan funciones de dirección o gerencia), se presume que controlan la sociedad por tener una cierta dimensión, al ocupar a personas que no tienen la condición de socios.

En este punto, creemos acertado el criterio legal, ya que la participación social necesaria para el control efectivo es inversamente proporcional a la dimensión de la empresa, de tal manera que en sociedades de grandes dimensiones es suficiente con una participación mínima para controlar la marcha de la sociedad ¹²¹.

Junto a la dimensión de la empresa, los parámetros más relevantes para escrutar la presencia de control efectivo son la participación social y el haz de facultades del socio ¹²², los cuales habían sido aplicados en los antecedentes jurisprudenciales, si bien casi siempre con referencia a las funciones de administración activa del socio minoritario ¹²³, estimando suficiente en estas condiciones una participación del 25 por 100 en el capital social ¹²⁴.

¹²¹ Parece claro que en la sociedad de grandes dimensiones un porcentaje mínimo del capital social permite ejercer un control sobre la marcha de la empresa. Es significativa la presunción legal establecida por el Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, de inversiones extranjeras en España, prevenida para sociedad de grandes dimensiones, atendidas las cantidades sujetas al procedimiento de verificación, que presume la efectiva influencia en el control social con una participación del 10 por 100. En nuestro caso, con hipótesis fácticas que se mueven usualmente en sociedades de carácter personalista, de dimensión pequeña, los porcentajes manejados por la norma son evidentemente más elevados.

¹²² ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas. Problemática de su afiliación al Régimen General o al de Autónomos». *Tribuna Social*, núm. 39. 1994. Pág. 13.

¹²³ Entre otras, *vid.* Ss. TS 13 mayo 1991 (Ar. 3906); 23 mayo 1991 (Ar. 4198); 27 enero 1992 (Ar. 76); 18 junio 1992 (Ar. 5152); 14 abril 1997 (Ar. 3061). Ss. TSJ País Vasco 27 abril 1993 (AS 1726); Madrid 7 junio 1994 (AS 271 I); Galicia 14 abril 1996 (AS 1957); Castilla y León 30 abril 1996 (AS 1325); Canarias 30 junio 1996 (AS 2444); Rioja 13 mayo 1997 y 20 noviembre 1997 (AS 1909 y 3880).

¹²⁴ *Vid.* Ss. TSJ Baleares 28 julio 1997 (AS 2785) y Rioja 13 noviembre 1997 (AS 3876).

La Ley 66/1997 combina también los anteriores parámetros utilizados jurisprudencialmente (dimensión de la empresa, participación social y facultades del socio), debiendo matizarse, en relación a los antecedentes jurisprudenciales, que la tipicidad del encuadramiento en el RETA del administrador activo o ejecutivo hace innecesaria la investigación del control efectivo para el socio minoritario con funciones de administración activa.

Las presunciones ahora establecidas parten de *dos supuestos de hecho distintos*:

- a) La primera para el caso de socio desprovisto de funciones de dirección o gerencia.

En este caso, se establece un porcentaje de, al menos, una tercera parte del capital social.

La doctrina no establecía un criterio unánime para estimar la presencia de control efectivo del socio, oscilando los porcentajes propuestos entre el 20 y el 50 por 100¹²⁵.

El porcentaje ahora establecido en la norma parece tomado de la Ley de Sociedades Laborales¹²⁶, de tal manera que se conjuga lo dispuesto en la citada ley, cuestionando la existencia de relación laboral (y correlativa presencia de control efectivo) cuando el trabajador ostente un porcentaje de participación social al que limita la presunción *iuris tantum* de laboralidad del artículo 1.º de la Ley 4/1997¹²⁷.

- b) La segunda cuando el socio desempeña «funciones de dirección o gerencia de la sociedad», en cuyo caso basta que la participación sea igual o superior al 25 por 100 del capital social.

Se conjugan el haz de facultades del socio con la participación al establecer la presunción, en forma similar a los antecedentes jurisprudenciales, si bien estas funciones de dirección o gerencia de la sociedad necesariamente se han de entender referidas a relaciones laborales especiales o comunes, puesto que si constituyeran funciones de administración, determinarían *per se* el encuadramiento en el RETA.

Por tanto, se hace necesario precisar cuáles son los trabajos que abarcarían funciones de dirección y gerencia.

¹²⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C. *Ámbito subjetivo del RETA*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 243; ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas...» *cit.* 1994. Pág. 9 y ss.

¹²⁶ El artículo 5.º 3 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo (BOE 25 de marzo) prohíbe a los socios la posesión de acciones que representen más de la tercera parte del capital social. Hay que significar que ORDEIG FOS (*op. cit.* Pág. 13) entendía que la participación de un tercio o más en el capital social indudablemente hace al socio empresa y rechaza la ajenidad.

¹²⁷ Este razonamiento, con referencia a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales de 1986 y al porcentaje en ella establecido del 25 por 100, es el que se contiene en la Memoria Justificativa del Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996, *cit.*, del que la redacción vigente trae causa.

Parece claro, en primer lugar, que el socio que tuviera concertada una relación laboral especial de alta dirección se incluiría en todo caso en el ámbito de esta presunción, atendidas las amplias facultades concedidas al personal de alta dirección ¹²⁸.

En segundo lugar, en cuanto a la relación laboral común, parece que podría tener cabida en gran parte de los supuestos el denominado personal directivo, es decir, aquel que se compone por los integrantes de la dirección ejecutiva o personal directivo medio, especializado, que asume la rectoría de ramas de producción o zonas geográficas concretas ¹²⁹. No obstante, el análisis de cada caso se hace imprescindible para dar una solución concreta.

En cualquier caso, y atendido que el desempeño de estas funciones no vendrán recogidas en los estatutos sociales, parece que será necesario analizar por parte de la Administración el contrato de trabajo para, de acuerdo con la verdadera naturaleza de sus funciones, determinar la aplicación del porcentaje del apartado anterior o del reducido prevenido en este apartado.

Junto a una de las dos variables anteriores, ha de concurrir en todo caso el requisito referido a la dimensión de la empresa, como es la prestación de servicios por personas que no tengan la condición de socios.

Como se ha señalado anteriormente, esta prestación de servicios puede tener naturaleza mercantil o laboral, ya sea con vínculo temporal o indefinido.

Reunidos los anteriores requisitos, el socio trabajador quedaría encuadrado en el RETA, salvo que probase que no tiene el control efectivo de la sociedad, lo cual puede pronosticarse en algún supuesto de socio mayoritario copartícipe, donde el control ejercitado por éste podría ser excluyente del que pudiera tener el consocio.

3.3. La prueba del control efectivo por la Administración.

La configuración normativa de presunciones de control efectivo no puede abarcar los múltiples supuestos concretos que pueden darse en el tráfico societario, y que determinan el control efectivo de la sociedad por alguna persona.

¹²⁸ En cuanto a las funciones del personal de alta dirección, y su encaje claro en el concepto utilizado por la norma, *vid.* la amplitud con que se definen en la jurisprudencia, en concordancia con el concepto legal del Real Decreto 1382/1985, y así, entre otras muchas, Ss. TS 27 octubre 1986 (Ar. 5901); 13 noviembre 1989 (Ar. 8044); 13 marzo 1990 (Ar. 2065); 13 noviembre 1991 (Ar. 8291); 17 junio 1993 (Ar. 4762) ...

¹²⁹ En definición de MUÑOZ CAMPOS, J. «El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el Real Decreto 1382/1985». *Relaciones Laborales*. T. I. 1986. Pág. 125.

Por este motivo, el párrafo último del apartado 1 c) establece un supuesto abierto de control efectivo probado por la Administración, en el que tendrán cabida todos aquellos casos en que, sin reunirse las condiciones presuntivas establecidas en el mismo apartado, la Administración pueda determinar la existencia de un control efectivo por parte del trabajador.

La consecuencia jurídica que se correspondería será el encuadramiento del trabajador en cuestión en el RETA, en lugar de producirse el alta en el Régimen General, como sucedería de no mediar la actividad administrativa tendente a desvirtuar la apariencia de dependencia y ajenidad.

El comentario al control efectivo probado por la Administración ha de moverse necesariamente en el terreno de las hipótesis, dada la innovación que supone la norma, por lo que nos limitaremos a pronosticar situaciones fácticas de las que pudiera derivarse un control efectivo del ente societario.

Como punto de partida valorativo, debe acudirse a la relación que vincula al trabajador con el ente societario. Descartada la relación de administración activa, por ser típica en el RETA *per se*, la vinculación del trabajador con la sociedad resulta referente necesario a la hora de detectar la presencia de un supuesto de control efectivo.

Concretamente, la presencia en el órgano de administración o la relación laboral de alta dirección, o mayormente la suma de ambos elementos, serían datos valorativos favorables a la presencia de control efectivo¹³⁰. Contrariamente, una relación laboral común o el no formar parte del órgano de administración, son elementos que juegan en contra de la prueba del control efectivo.

Con todo, estos datos, con ser valiables, en absoluto son determinantes, pues lo esencial es que exista un real control de la marcha de la sociedad, por ostentar el trabajador una posición relevante en el área de titularidad de la empresa.

Para el análisis de esta cuestión distinguiremos las tres hipótesis normativas de control efectivo que recoge la disposición adicional vigésimo séptima:

- a) Participación directa en el capital social.
- b) Participación indirecta; y
- c) Cualquier otro medio.

¹³⁰ La propia presunción cuarta del apartado 1 c) concede relevancia a la posición del socio en la empresa, considerando que cuando el socio realice funciones de dirección o gerencia, es suficiente una menor participación en el capital social. Por tanto, si en la configuración legal es relevante, también ha de serlo a efectos valorativos, cuando se intenta escrutar el control efectivo al margen de las presunciones.

- a) La participación directa en el capital social es el dato esencial de las presunciones legales de control efectivo, resultando desgranada hasta en cuatro apartados (*v.gr.* presunción *iuris et de iure* y circunstancias 2.^a, 3.^a y 4.^a de las presunciones *iuris tantum*), por lo que se puede predecir el escaso margen de juego aplicativo del control efectivo probado derivado de este apartado, al haber establecido la ley los porcentajes concretos de participación directa en el capital social que estima necesarios para configurar las presunciones de control efectivo.

Acaso, cabría apuntar que elementos de configuración social que podrían determinar otro porcentaje, como sería el supuesto de que el capital social se compusiera de acciones sin voto ¹³¹, o la propia dimensión de la sociedad, atendido que en sociedades de dimensión superior es suficiente un porcentaje menor de participación social para ostentar el control del ente societario ¹³².

Aunque la regulación de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS parece tener menor juego aplicativo en el caso de sociedades de mayor dimensión, no deben descartarse supuestos de «socio minoritario mayoritario» ¹³³, pues no es infrecuente que estos socios gestores suscriban con la sociedad un contrato de alta dirección e incluso favoreciendo su situación con cláusulas indemnizatorias elevadas (los denominados «contratos blindados o paraguas dorados») ¹³⁴, que pueden plantear problemas en cuanto a su encuadramiento cuando prescindan del vínculo de administración activa, los cuales deben ser solventados en el marco del precepto ahora comentado.

- b) La participación indirecta en el capital social es un dato del que puede pronosticarse una mayor aplicación a la hora de probar el control efectivo de la sociedad.

En la configuración legal de las presunciones, únicamente se tiene en cuenta para el caso de las sociedades familiares. Partiendo de ello, podría apuntarse un primer supuesto de control efectivo probado en el caso de parejas de hecho, sobre todo si hay descendencia común, en cuyo caso puede apreciarse la falta de ajenidad, sobre todo si la sociedad es el sostén económico de la unidad formada por los convivientes y su descendencia ¹³⁵.

¹³¹ Opción esta autorizada en el artículo 90 de la LSA y que precisamente se arbitra como técnica para que un determinado número de accionistas puedan obtener el control de la sociedad con una menor participación en el capital social.

¹³² Como se ha indicado, en ocasiones se han manejado porcentajes menores al 25 por 100 para fijar el control de la sociedad, sobre todo en sociedades de mayor dimensión. *Vid.* más ampliamente ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas societarias...» *cit.* 1994. Pág. 9 y ss.

¹³³ SERRA CALLEJO, J. y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.A. *La prestación de servicios de socios y administradores en las sociedades de capital*. Ed. Estudios Financieros. 1995. Pág. 88 y ss.

¹³⁴ *Vid.* más ampliamente sobre la materia el estudio de SALINAS ADELANTADO, C. «La problemática de los "contratos blindados o paraguas dorados" en la acumulación de figuras de Consejero Delegado y Director General». *Revista General del Derecho*, núm. 584. 1993.

¹³⁵ En este sentido y sobre la justificación de la inclusión en el RETA de los familiares, *vid.* LAFUENTE SUÁREZ, J.L. «La inclusión de familiares colaboradores del empresario en el RETA». *Tribuna Social*, núm. 37. 1994. Pág. 63 y ss.

Una segunda hipótesis fáctica la constituiría el supuesto de copropiedad de acciones, que posibilita el control efectivo de la sociedad por alguno de los copropietarios, máxime si se tiene en cuenta que su régimen jurídico determina que sea uno de los copropietarios el que ejerce ante la sociedad los derechos derivados del capital social en estado de proindivisión ¹³⁶.

Por esta vía, puede existir *de facto* un control de la sociedad por alguno de los copropietarios, aunque aisladamente no ostente los porcentajes establecidos en las presunciones del apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

Una última hipótesis que apuntamos es la de participación en el capital social por medio de persona jurídica de la que se ostenta el control efectivo.

Este supuesto no aparece contemplado en las presunciones legales, que únicamente se refieren a participación en el capital social de la persona física-trabajador. No obstante, son pronosticables supuestos de participación mediante persona jurídica de la que se ostente, a su vez, el control efectivo.

En estos casos, la prueba del control efectivo corresponde a la Administración que deberá contemplar la participación en la sociedad accionista, para detectar la presencia de control efectivo en la sociedad en cuestión.

- c) El último supuesto de control efectivo de la sociedad, se configura en la ley con carácter abierto, admitiendo cualquier otro medio, distinto de la participación en el capital social que, por sí o combinado con dicha participación, determine el control del ente societario por alguno de los trabajadores.

En este apartado, debe destacarse el supuesto de sindicación de acciones, donde alguno de los socios recibe el encargo de otros partícipes de gestionar la sociedad ¹³⁷. Este acuerdo puede plasmarse con múltiples formas, sin que sea necesaria constancia estatutaria. En estas condiciones, podrían afirmarse supuestos de control efectivo del socio gestor de las acciones sindicadas que, con la suma de participaciones sociales y ejercitando usualmente los derechos derivados de las mismas por representación, controla la marcha de la sociedad.

Los problemas que pudieran plantearse en estos casos se sitúan principalmente en el ámbito de la prueba, por cuanto muchos de estos pactos permanecen ocultos a la Administración al no llegar a tener constancia estatutaria. No obstante, el propio desenvolvimiento de la actividad social, constatable a través de los acuerdos sociales de la Junta General de accionistas que deben obrar en el Libro de Actas de la sociedad, puede concretar los casos en que realmente existe un control de la sociedad por alguno de los trabajadores ¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. artículos 66 de la LSA y 35 de la LSRL.

¹³⁷ SERRA CALLEJO, J. y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.A. «La prestación de servicios de los socios...» *cit.* 1995. Pág. 89.

¹³⁸ También en el supuesto que hemos indicado anteriormente de «socio minoritario mayoritario», el acudir a los acuerdos sociales con constancia en el Libro de Actas se representa como un medio de prueba idóneo para detectar la presencia de control efectivo.

Para concluir con la exposición de este apartado, únicamente debe indicarse que la Administración tiene ante sí un abanico de supuestos de control efectivo al margen de las presunciones legales, cuya prueba le es exigida por la ley, a los que la práctica administrativa irá configurando en sus rasgos generales.

III. LAS ZONAS DE EXCLUSIÓN DEL SISTEMA

El análisis de la reforma en materia de encuadramiento que realiza la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997 se completa con los campos subjetivos de exclusión del sistema de la Seguridad Social.

El primero de ellos, ya conocido, se refiere a los administradores pasivos o no ejecutivos, y el segundo, novedad introducida por la Ley 66/1997, a los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas de mera administración del patrimonio de los socios.

Analizaremos por separado ambos campos subjetivos de exclusión.

1. Los administradores pasivos.

La exclusión del sistema de la Seguridad Social de los administradores pasivos se refiere únicamente a los que desempeñen pura y simplemente dichas funciones, lo cual significa dos cosas:

- a) Que ha de tratarse de administradores pasivos «puros»; y
- b) Que se admite la compatibilidad de las funciones de administración no ejecutiva con la relación laboral, común o especial, en cuyo caso la inclusión en el sistema vendría determinada por el vínculo laboral en una doble hipótesis:
 - b.1) Régimen General, conforme al artículo 7.º 1 a) de la LGSS para los trabajadores no socios; al artículo 97.2 a) para los altos directivos; y al artículo 97.2k) para los trabajadores socios que no posean control efectivo; y
 - b.2) RETA, para los socios trabajadores con control efectivo, conforme al apartado 1 c) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS ¹³⁹.

¹³⁹ La compatibilidad entre el vínculo laboral con la condición de administrador pasivo no presenta en principio obstáculo jurídico; *vid.* BORRAJO DACRUZ, E. «Socios trabajadores y administradores de sociedades de capital...» *cit.* 1997. Pág. 962.

La razón de ser de la exclusión de los administradores pasivos atiende al contenido de las funciones que desempeñan, de carácter deliberante, las cuales no se consideran trabajo ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, por lo que quienes las desarrollan no deben quedar protegidos en el nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social en razón de esta exclusiva actividad ¹⁴⁰.

Por tanto, en materia de administradores pasivos, persisten en la Ley 66/1997 los principios inspiradores de la legislación anterior, por lo que el comentario ha de circunscribirse al propio concepto de administrador pasivo, atendido que la disposición adicional cuadragésimo tercera describe expresamente las funciones típicas de estos miembros del órgano de administración en la mención legal «mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento».

La jurisprudencia anterior caracterizaba a los administradores pasivos como aquellos cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los Consejos de Administración y realizan funciones consultivas o de asesoramiento ¹⁴¹. En consecuencia, la condición de administrador pasivo es propia del órgano de gobierno colegiado y predicable de los miembros que limitan su aportación individual a las funciones típicas del miembro del colegio: deliberantes y decisionales, mediante el ejercicio del voto.

El apartado 1 a) de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS recoge este criterio definitorial, contraponiendo a los miembros ejecutivos del órgano de administración, que tienen funciones de dirección y gerencia, con los miembros no ejecutivos, que tienen funciones consultivas y de asesoramiento.

En consecuencia, el campo subjetivo de exclusión es coincidente con el que se había delimitado doctrinal y jurisprudencialmente en la interpretación del artículo 1.º 3 c) del ET.

2. Los socios de las sociedades de mera administración de su patrimonio.

El apartado 2 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS excluye del sistema de la Seguridad Social a los socios, sean o no administradores, de las sociedades mercantiles capitalistas de mera administración de su patrimonio.

La interpretación del precepto pasa por la definición del concepto legal utilizado, de carácter novedoso en nuestro ordenamiento, aunque puede observarse cierta inspiración de partida en el concepto de «sociedades de mera tenencia de bienes», utilizado en el artículo 75 de la Ley del Impuesto de Sociedades para delimitar los supuestos de transparencia fiscal ¹⁴².

¹⁴⁰ ORDEIG FOS, J.M. «Socios administradores de las empresas. Problemática de su afiliación ...» *cit.* 1994. Págs. 16-19; SÁNCHEZ FIERRO, J. «Seguridad Social y directivos de empresa». *Relaciones Laborales*, núm. 21. 1996. Pág. 111.

¹⁴¹ Ss. TS 30 diciembre 1990 (Ar. 10841); 13 mayo 1991 (Ar. 3906); 3 junio 1991 (Ar. 5123); 27 enero 1992 (Ar. 76); 22 diciembre 1994 (Ar. 10221).

¹⁴² BENEYTO CALABUIG, D. «Los socios trabajadores y los miembros de los órganos de administración...» *cit.* 1998. Pág. 54.

No obstante, la disposición adicional vigésimo séptima se aparta conscientemente del concepto fiscal de sociedad de mera tenencia de bienes, atendido que el concepto de «sociedad de mera administración del patrimonio de los socios» no admite supuestos de pluriactividad ¹⁴³, sino que únicamente excluye aquellos entes societarios en que la actividad social se concreta en la mera administración del patrimonio personal ¹⁴⁴.

Por tanto, se trata de sociedades cuyo exclusivo objeto social es la administración del patrimonio de los socios, y así se deduce de la literalidad del precepto que define este tipo societario con dos premisas:

- a) Una negativa, al establecer que su objeto social no esté constituido por actividades empresariales o profesionales; y
- b) Una positiva, que su objeto sea «la mera administración del patrimonio de los socios», expresión que refuerza la naturaleza exclusivamente patrimonialista del ente societario.

La razón de ser de la exclusión del sistema está en que la instrumentalización de la persona jurídica para la exclusiva realización de tareas de administración del patrimonio de los socios no se considera como justificativa de la inclusión en el campo de protección de la Seguridad Social ¹⁴⁵.

El análisis más profundo de esta zona de exclusión del sistema, nos lleva a delimitar conceptos esenciales para identificar este tipo de sociedades como es el de actividad empresarial, actividad profesional y actividad de administración patrimonial, para dibujar a grandes rasgos las sociedades que encajarían en el concepto legal.

Previamente hay que indicar que dada la evidente incompatibilidad de las Sociedades Laborales con el concepto analizado, los tipos societarios de naturaleza capitalista que podrían instrumentalizar la actividad de administración patrimonial serían la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

En este marco, hay que fijar ahora el concepto de «actividades empresariales y profesionales», a cuyo efecto hay que acudir necesariamente a los conceptos fiscales, atendido que la norma se inspira en ellos.

¹⁴³ Obsérvese que la sociedad de mera tenencia de bienes parte de un porcentaje de elementos no afectos a actividades empresariales o profesionales (más de la mitad del activo, *cf.* art. 75.1 Ley Impuesto de Sociedades), por lo que en dicho concepto se incluyen sociedades con objeto social diversificado.

¹⁴⁴ El Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996 también excluía las sociedades de mera administración del patrimonio personal de los socios, limitándolas a las que su único objeto social fuera éste.

¹⁴⁵ *Vid.* Memoria Justificativa al artículo 4.º del Proyecto de Real Decreto de 16 de septiembre de 1996, *cit.*, que es el antecedente del apartado ahora comentado. También en este sentido, BENEYTO CALABUIG, D. «Socios trabajadores y administradores...» *cit.* 1998. Pág. 54.

Concretamente, es el artículo 40 de la Ley del IRPF ¹⁴⁶ el que define tales actividades económicas, entendiéndose por tales las que supongan la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes o servicios. El concepto actividad económica comprende tanto las empresariales como las profesionales, distinguiéndose éstas por el predominio del factor capital (en las empresariales) o trabajo (en las profesionales).

Especialmente clarificadora es la enumeración particularizada que contiene el artículo 40, de manera que dentro del concepto de actividades empresariales o profesionales se incluyen las «extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas».

La presencia en el objeto de la sociedad de alguna de las actividades enumeradas anteriormente con elementos patrimoniales afectos a las mismas, aun con diversificación a otras actividades cuyo objeto fuera la mera administración del patrimonio personal, descartaría la aplicación del apartado 2 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS.

Acudiendo ahora a la definición de las sociedades de mera administración del patrimonio de los socios, debe indicarse que lo que las caracteriza auténticamente es la permanencia constante de los bienes que constituyen el patrimonio personal de los socios dentro del patrimonio social, reduciéndose la actividad de la sociedad a efectuar las actuaciones precisas para su conservación.

Ello no significa que no puedan darse variaciones patrimoniales en el haber social, puesto que puede ser necesaria la enajenación de bienes para la conservación de los restantes (disminuciones patrimoniales), o bien pueden adquirirse otros bienes que incrementan el patrimonio social con cargo a beneficios no distribuidos (aumentos patrimoniales), o incluso puede ampliarse o reducirse el capital social con la aportación o detracción de otros elementos del patrimonio personal de los socios.

Pero, en cualquier caso, pese a ser posibles las fluctuaciones patrimoniales, lo realmente determinante es la presencia, con vocación de permanencia, del patrimonio personal de los socios en el haber social, en orden a su conservación y obtención de los rendimientos patrimoniales correspondientes.

Como demuestra el examen de las distintas resoluciones de la Administración Tributaria y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el casuismo es muy amplio en materia de sociedades de mera tenencia de bienes. Acaso, podría apuntarse como supuesto más común la aportación de inmuebles para su explotación en arrendamiento; en este caso, la calificación como actividad empresarial dependerá de la existencia de una organización de esta naturaleza, para lo que el artículo 40.2 de la Ley del IRPF exige un local exclusivamente destinado a la gestión de la actividad y una persona empleada con contrato de naturaleza laboral ¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Ley 18/1991, de 6 de junio.

¹⁴⁷ TATO PLA, F.; BENGOCHEA SALA, J.M. y SIMÓN MARTÍNEZ, J. «El IRPF de los empresarios y profesionales» *cit.* 1995. Pág. 61, consideran suficiente que la sociedad cuente con una oficina, exponente de una organización empresarial, para la afectación a la actividad empresarial.

Son las sociedades que responden a estas características, cuyo objeto exclusivo es la administración patrimonial, las que encajan en el apartado 2 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS. En el caso de pluriactividad, como hemos indicado, no se produce el supuesto típico de exclusión y, en consecuencia, será de aplicación el régimen general establecido para los socios de las sociedades mercantiles capitalistas en el apartado 1 de la citada disposición adicional.

En el tráfico societario estas sociedades de administración del patrimonio de los socios responde de ordinario a las características que las encuadran en el régimen de transparencia fiscal ¹⁴⁸, es decir, sociedades familiares o de reducida dimensión y marcado carácter personalista.

Por consiguiente, para detectar en la práctica la presencia de una sociedad de esta naturaleza, será especialmente revelador la tributación por el régimen de transparencia fiscal, lo cual puede ser un elemento a utilizar por la Administración a la hora de definir los supuestos de exclusión contemplados en el apartado 2 de la disposición adicional que se comenta.

Por otra parte, el examen de los estatutos sociales, sobre todo en lo referido a las aportaciones no dinerarias de los socios, será otro dato esencial para determinar los supuestos en que existe una actividad de mera administración patrimonial.

Una vez deslindado el concepto de sociedad de mera administración patrimonial, debe entrarse a examinar el campo subjetivo de exclusión del sistema de la Seguridad Social, que el apartado 2 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS lo limita a los socios, en cualquier apariencia externa (*v.gr.* administrador activo, relación laboral común o especial).

Ello significa que la eventual contratación que realicen las sociedades de esta naturaleza fuera del ámbito personal de los socios, determinará el encuadramiento de los no socios-contratados en el sistema de la Seguridad Social, aplicándose las normas generales.

Para la aplicación de las normas de encuadramiento, debe recordarse que las sociedades contempladas en el apartado 2 de la disposición adicional vigésimo séptima son de naturaleza mercantil capitalista, por lo que será de aplicación específica lo dispuesto en el apartado 1 de la citada disposición adicional para los no socios que prestan servicios por cuenta de la sociedad, ya que el régimen especial de exclusión únicamente se circunscribe a los socios.

Las hipótesis aplicativas del apartado 1 a terceros no socios que trabajan por cuenta de sociedades de esta naturaleza son tres:

¹⁴⁸ Las circunstancias que determinan la inclusión en el régimen de transparencia fiscal son:

- a) Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a un grupo familiar, entendiéndose a estos efectos, que éste está constituido por personas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el cuarto grado; y
- b) Que más del 50 por 100 del capital social pertenezca a 10 o menos socios.

- a) El desempeño de funciones de administración activa con carácter retribuido, propio o impropio, que determinará el encuadramiento en el RETA.
- b) El caso del familiar no socio que trabaja por cuenta de la sociedad, que determinaría, si se dieran los requisitos, la aplicación de la presunción *iuris tantum* de control efectivo, con la consiguiente inclusión en el RETA, sin descartar que pudiera constituir en algún caso un fraude de ley; y
- c) Por último, el control efectivo que pudiera probar la Administración ejercitado por la participación indirecta en el capital social o por cualquier otro medio por el tercero no socio contratado, que indudablemente encajaría en el ámbito del fraude de ley ¹⁴⁹.

IV. EL CAMBIO DE ENCUADRAMIENTO

El apartado 3 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS ha establecido una detallada regulación para el cambio de encuadramiento respecto de las situaciones anteriores que resultan innovadas por la nueva normativa.

Lo primero que hay que precisar es que el sistema transitorio prevenido en la Ley 66/1997 tiene su ámbito aplicativo en los cambios de encuadramiento que vengan determinados por la aplicación del apartado 1 de la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS (administradores sociales y socios trabajadores), de manera que quedan al margen las revisiones de los actos administrativos de encuadramiento que no afecten al ámbito personal recogido en la norma ¹⁵⁰.

El sistema transitorio del cambio de encuadramiento recogido en el apartado 3 sigue homogéneamente los criterios normativos y aplicativos antecedentes ¹⁵¹, considerando correctas y debidas las altas que se hubieran practicado anteriormente por parte de los socios trabajadores y administradores sociales con anterioridad al 1 de enero de 1998, así como debidas las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, incluidos los conceptos de recaudación conjunta (desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional).

¹⁴⁹ En el caso del trabajador que posee el control efectivo de la sociedad sin ser socio, indudablemente se está en un supuesto de fraude de ley, pues se elude la norma de exclusión del sistema de la Seguridad Social (apdo. 2 de la disp. adic. vigésimo séptima LGSS) ya que, pese a no rellenar formalmente la condición de socio por carecer de participación directa en el capital social, se ostenta el control efectivo de la sociedad por otro medio. Distinto es el caso del familiar no socio, sobre todo si no pertenece a lo que puede considerarse como familia nuclear (matrimonio e hijos convivientes y con dependencia económica), donde la contratación no encubre necesariamente una situación fraudulenta.

¹⁵⁰ Sobre cuestiones procedimentales en materia de revisión de las afiliaciones y altas, iniciales y sucesivas, de interés en este punto, *vid.* más ampliamente SENDÍN BLÁZQUEZ, A. «Afiliación y alta en la Seguridad Social de los socios y administradores de las sociedades mercantiles: criterios predominantes», *Tribuna Social*, núm. 37. 1994. Pág. 14 y ss.

¹⁵¹ Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 14 de diciembre de 1993 (BOE 17 diciembre 1993) y artículo 60.2 del Reglamento General de inscripción de empresas ... (RD 84/1996, 26 enero, *cit.*)

El régimen transitorio se prevé para los cambios de encuadramiento que se soliciten a lo largo del año 1998, de forma que los socios-trabajadores y administradores disponen del plazo de un año para realizar las comunicaciones necesarias a la Tesorería de la Seguridad Social para que pueda serles de aplicación el régimen establecido por la Ley 66/1997.

Realizada la comunicación a lo largo del año 1998, el cambio de encuadramiento retrotrae sus efectos, por imperativo legal, al 1 de enero de 1998, lo cual significa que si, a partir de esa fecha, se han seguido ingresando cotizaciones en el Régimen General, por la Tesorería se efectuará la compensación correspondiente entre las cuotas ingresadas y las que correspondería efectuar en el Régimen de Autónomos, debiendo poner a disposición del empresario el exceso, si lo hubiere ¹⁵².

Por tanto, el nuevo régimen posibilita la devolución de las cotizaciones ingresadas indebidamente a lo largo del año 1998, lo cual no sucederá cuando la comunicación para regularizar la situación se realice a partir del 1 de enero de 1999, en cuyo caso se aplican las normas generales, donde no procede efectuar compensación alguna ¹⁵³.

En cuanto a la base de cotización, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley de Presupuestos para el cambio de encuadramiento de oficio al RETA ¹⁵⁴, pudiendo optar el interesado entre mantener la base por la que venía cotizando con anterioridad o la que corresponda de aplicar las normas generales del Régimen de Autónomos.

Por último, debe indicarse que el sistema transitorio establecido da cobertura legal a todas las situaciones que se hayan producido con anterioridad al 1 de enero de 1998, para los que cumplan los requisitos temporales de regularización de la situación mediante comunicación a la Tesorería antes del 1 de enero de 1999 ¹⁵⁵.

A partir de este momento, desaparece la regla transitoria, con lo que recobra efectividad la normativa reglamentaria, pudiendo procederse contra aquellos que no hayan regularizado la situación conforme a la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS ¹⁵⁶.

¹⁵² PANIZO ROBLES, J.A. «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1998». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos. (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 180. 1998. Pág. 25.

¹⁵³ PANIZO ROBLES, J.A. *ibíd.*, Pág. 25.

¹⁵⁴ El artículo 89.4 de la Ley de Presupuestos para 1998 (Ley 65/1997, de 30 de diciembre, BOE 31 diciembre) mantiene la solución anterior (Ley 41/1994, 29 diciembre, prorrogada en normas posteriores) de opción entre mantener la base o cotizar por la base que resulte de aplicar las normas generales del RETA.

¹⁵⁵ BENEYTO CALABUIG, D. «Los socios trabajadores y los miembros de los órganos de administración...» *cit.* 1998. Pág. 63. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Reforma parcial de la Seguridad Social...» *cit.* 1998. Pág. 41.

¹⁵⁶ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. «Los "retoques" en la parte general del Derecho de la Seguridad Social...» *cit.* 1998. Pág. 110.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La regulación contenida en la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 66/1997 ofrece un juicio global positivo, ya que da respuesta a numerosos supuestos conflictivos que se habían planteado en la práctica administrativa y jurisprudencial anterior, y que no siempre habían tenido una solución uniforme. Especialmente, creemos acertado que se haya abordado la regulación con una norma con rango de ley, prescindiendo de la regulación reglamentaria, pues había numerosas cuestiones que precisaban de una respuesta legislativa, por afectar a materias reservadas a la ley.

A la hora de valorar la regulación de detalle, a grandes rasgos, puede significarse que existen puntos en los que aprecian ciertas deficiencias que probablemente producirán conflictos aplicativos, tal como se ha puesto de manifiesto en el presente estudio.

En primer lugar, la nueva regulación no ha dado una respuesta concluyente al caso de las Sociedades Laborales, por lo que pueden originarse problemas en orden a la inclusión de las mismas en su ámbito aplicativo, atendida su peculiar configuración.

En segundo lugar, la norma no ha definido el concepto de «control efectivo», e incluso ha configurado algunos supuestos de forma equívoca (*v.gr.* sociedades de trabajadores), incorporando presunciones más próximas al concepto de trabajo por cuenta propia o autónomo que a la existencia de un control de la sociedad por alguno o algunos de los socios.

En tercer lugar, tampoco ha sido especialmente precisa a la hora de configurar la denominada sociedad familiar, donde no se ha distinguido entre el familiar socio y el no socio, y donde tampoco se ha acudido a datos tales como la convivencia familiar de los socios trabajadores o la dependencia económica, optándose por abarcar un parentesco que parece demasiado amplio a los efectos que se pretenden.

Por último, y aun valorando positivamente el sistema transitorio del cambio de encuadramiento, se echa en falta la regulación del *rebus sic stantibus*, o cambio de circunstancias fácticas, sobre todo en los supuestos de tránsito hacia una pérdida de control efectivo.

Pese a ello, la nueva regulación ha de producir un efecto positivo desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y las deficiencias que, a vuelapluma, hemos apuntado conclusivamente, pueden salvarse en gran parte por un ulterior desarrollo reglamentario.