

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho.*

*Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad  
Complutense.*

*Letrado de la Seguridad Social (excedente).*

**Extracto:**

**L**os administradores son un órgano social (necesario en las Anónimas y Limitadas), con un ámbito competencial general y autónomo, a los que la ley impone los deberes de gestión de la empresa que constituye el objeto social y del capital social, de representación y otros relativos a la organización de la sociedad. Todo ello hace que la pretensión de incluirlos en el ámbito de la Seguridad Social rompa con la filosofía y estructura del sistema, construido en torno al trabajo dependiente y los microempresarios. Obligando a la revisión de la legislación mercantil y a redefinir la Seguridad Social española.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. La inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen General de la Seguridad Social. Doctrina legal.
  1. Planteamiento general.
  2. Doctrina legal sobre el carácter no laboral de la relación que vincula a los Administradores con la sociedad y sus consecuencias en materia de la Seguridad Social.
  3. La incidencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero (Sala Cuarta) y 25 de febrero (Sala Tercera) de 1997, en la doctrina legal sobre la inclusión de los Administradores sociales en el Régimen General de la Seguridad Social.
  4. La práctica administrativa respecto de la inclusión de los administradores de sociedades capitalistas en el Régimen General de la Seguridad Social.
- III. La inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
  1. El «trabajador autónomo». Concepto.
  2. La inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
  3. La posición de la jurisprudencia sobre la inclusión de los Administradores de sociedades mercantiles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

## I. INTRODUCCIÓN

Las recientes Sentencias de 29 de enero de 1997, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y de 25 de febrero de 1997, de la Sala Tercera del mismo Alto Tribunal, han vuelto a replantear el tema enunciado y que parecía haber sido ya definitivamente superado en la importante Sentencia de aquel Alto Tribunal, Sala Cuarta, de 4 de junio de 1996.

En esta última sentencia, que venía precedida de una importante jurisprudencia de la Sala Tercera del mismo Alto Tribunal, se había corregido la posición extravagante que, en materia de administradores sociales (y socios), había adoptado la Administración Pública, por Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social (en adelante, DGSS) de 23 de junio de 1992 y Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) núm. 2-034, de 29 de diciembre de 1992.

Aquellas Instrucciones u Órdenes de servicio [art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante, LRJPAC, y art. 18.1 b) de la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Ordenación y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en adelante, LOFAGE], que fueron ya objeto de una seria crítica en la Sentencia antes citada de 4 de junio de 1996, han vuelto a ser objetadas en la Sentencia de 29 de enero de 1997, (bien que, con anterioridad alguna sentencia las hubiere llegado incluso a alegar en los Fundamentos Jurídicos de su Fallo, como sucedió en la STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 1994, lo que plantea interesantes cuestiones de responsabilidad patrimonial, *ex* art. 139 y ss. LRJPAC, de seguirse aplicando tales disposiciones administrativas por aquella Administración Pública), en los siguientes términos:

«No ha tenido virtualidad el intento de la Administración de Seguridad Social de llevar a efecto el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) por medio de una simple resolución de interpretación administrativa. Como se declara en nuestra Sentencia de 4 de junio de 1996, a la vista de la normativa vigente, dicha resolución no es ajustada a Derecho y su contenido excede del marco competencial del organismo que la ha acordado, no siendo posible por esta vía encuadrar al grupo profesional de los administradores de sociedades por acciones en el campo de aplicación del RETA.»

Jurisprudencia (Sentencias de 4 de junio de 1996 y 29 de enero de 1997) contradictoria, no ya de las diferentes Salas del mismo Tribunal, (sin dejar de causar cierta perplejidad, admite el Tribunal Constitucional, cuando proceden de distintas Salas del mismo Tribunal sentencias contradictorias, como conforme o no contrario a los arts. 14 y 24 de la Constitución, en adelante CE, en aras de la independencia judicial al tratarse, según indica, de órganos judiciales, Salas, independientes), sino de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a lo que se añade, al parecer, una práctica administrativa que hace caso omiso de la doctrina jurisprudencial. Panorama que no puede sino tacharse de confuso y generador de una notable inseguridad jurídica.

Para el entendimiento de la situación descrita en los párrafos que anteceden, es necesario efectuar una breve referencia histórica al sistema de la Seguridad Social española. Es preciso recordar que el régimen legal, e incluso la gestión administrativa, de nuestra Seguridad Social se ha venido caracterizando, desde su misma aparición (que puede fecharse en el 28 de diciembre de 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social. Existe unanimidad en describir la situación anterior como de propia de un sistema de «previsión social»), por la coexistencia de diferentes regímenes o regulaciones normativas por grupos, coherentes o no, de personas, y que genéricamente venían conociéndose como la división, contrapuesta, entre Régimen General y Regímenes Especiales (una pluralidad de ellos).

Situación que perdura en la actualidad, bien que ha sido progresivamente corregida, pero que no se considera por el Tribunal Constitucional contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE) ni al deber impuesto a los Poderes Públicos de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos» (art. 41 CE).

La razón la encuentra aquel Tribunal (Sentencia 70/1991, de 8 de abril) en que «el actual sistema de Seguridad Social es fruto de una evolución histórica inspirada en tendencias de muy distinto signo. Ello explica que se haya reconocido reiteradamente que, en su configuración, corresponde un papel esencial al legislador en ejercicio de las diversas opciones posibles. Así se ha entendido, por ejemplo, en STC 68/1982 (...) -en relación con la incorporación de nuevos grupos de personas al sistema- o en SSTC 65/1987, 127/1987 y 189/1987 (...) -en relación con la configuración de su actuación protectora-. Aún más: estas últimas sentencias han hecho especial énfasis en que son el legislador y el Gobierno y no este Tribunal, "quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar"».

Al primero de ellos, el Régimen General, que responde a las exigencias, conforme al modelo bismarkiano, del proletariado urbano, se le atribuyó el campo de aplicación más amplio (trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios) y el mejor y más completo sistema de cobertura ante situaciones de necesidad. Los segundos, los diferentes Regímenes Especiales, lejos de comprender un conjunto lógicamente ordenado, se constituyeron en una pluralidad, muy diferenciada, de medidas protectoras. Se habían ido formando por aluvión, de manera desordenada, por la presión y a demanda de grupos sociales suficientemente diferenciados y distintos de la clase traba-

jadora, por más que estuviesen proletarizados. Aquellos regímenes ni respondían a la misma idea que el Régimen General (que hunde sus raíces en la filosofía marxiana), ni, consecuentemente, delimitaron o definieron su campo de aplicación atendiendo al mismo u homogéneo criterio.

El grupo de los Regímenes Especiales se mostró desde un principio con una clara vocación expansiva, (constante aparición de nuevos regímenes), haciéndose, ya tardíamente, un importante esfuerzo racionalizador, suprimiéndose algunos de ellos que pasaron a integrarse en el Régimen General o en algún otro Régimen Especial. Por lo que se puede hablar, en relación con los Regímenes Especiales, de un período de expansión y otro de retracción o compresión.

Aquella división es fundamental para el conocimiento del desarrollo de la Seguridad Social española y, en buena medida, para poder entender el sistema actual. Pero no constituye, hoy en día su *summa divisio*, que se ubica en la diferenciación entre subsistema contributivo, y no contributivo o asistencial. La autonomía de cada uno de los Regímenes Especiales ha llegado a determinar que, en ocasiones algunos de ellos, tal como ocurrió con el RETA, constituyan auténticos compartimentos estancos, normativa, financiera y económicamente.

La autonomía financiera y económica de los diferentes Regímenes Especiales, tiene un fundamento en parte histórico (cuyo origen puede encontrarse en los gremios medievales, con sus organizaciones de ayuda mutua), y en parte es el resultado de la utilización de métodos técnico-actuariales propios del Seguro Privado (excepcionalmente desarrollados, de una gran eficacia y sofisticación), de los que es todavía tributario el sistema de la Seguridad Social. Dividiéndose, al igual que el Seguro Privado en diferentes ramas, la Seguridad Social en distintos regímenes.

En la inicial expansión y posterior contracción del grupo de los Regímenes Especiales, radica el que el denominado Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se haya convertido en una especie de «cajón de sastre», donde se incluye lo que no tiene cabida en ninguno de los otros Regímenes (General o Especiales subsistentes), en donde han ido encontrando cobijo los más variopintos grupos de personas, y cuya indisciplina, en ese sentido, es paradigmática.

A ello ha de sumarse que la autonomía financiera de aquel Régimen Especial ha ido limitándose con cada nueva incorporación bien de nuevos grupos sociales o bien de otros Regímenes Especiales lo que ha llegado a poner en cuestión la propia viabilidad económico-financiera de todo aquel Régimen Especial (1).

---

(1) Sobre la evolución de la Seguridad Social Española vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1995; DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, 1977; ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, V. I, Madrid, 1977; TAPIA HERMIDA, A., «La Inscripción (de los empresarios), la Afiliación, el Alta y la Baja (de los trabajadores), en el Sistema de la Seguridad Social», *Revista «Estudios Financieros» de Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos*, núm. 160, julio 1996, especialmente págs. 5-16.

## II. LA INCLUSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DOCTRINA LEGAL

### 1. Planteamiento general.

El campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social viene delimitado en los artículos 7, 97 y 98 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio [en adelante LGSS (1994)].

Puede afirmarse que a tenor de lo dispuesto en aquellos preceptos quedan incluidos en el Régimen General los «trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica» y «asimilados», sin que se señalen cuáles sean los criterios de asimilación. La irrelevancia del tipo de contrato de trabajo, clase de relación laboral y del salario que se perciba, para la determinación del campo de aplicación es objeto de expresa advertencia.

No deja de causar sorpresa que, tras haber establecido el artículo 7 de la LGSS (1994), que la inclusión en el ámbito de aplicación del Régimen General no depende de la naturaleza del régimen laboral aplicable, común o especial, el artículo 97.2 a) de la LGSS (1994), declare expresamente incluidos en el campo de aplicación de aquel Régimen al «Personal de Alta Dirección» (2).

No parece pretenderse, con apoyo en aquella disposición legal, desconocer la estricta laboralidad de la relación del personal de Alta Dirección y que con tal expresión se quiera hacer alusión también a los administradores sociales, cualquiera que sea la forma y composición del órgano administrativo (3).

La referencia del artículo 97 de la LGSS es explícita al régimen laboral especial citado. Ciertamente la redacción del artículo 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, ET), al declarar excluida de su ámbito «la actividad que se limite, pura y simplemente al desempeño del cargo de consejero o miembro del de los órganos de representación en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo», no es clara, y ha venido, en definitiva a constituir una adicional dificultad a una ya de por sí difícil problemática.

---

(2) Vid. TAPIA HERMIDA, A., *La inscripción (de los empresarios), la afiliación, el alta y la baja (de los trabajadores) en el Sistema de la Seguridad Social*, cit., pág. 3 y ss.

(3) Vid. TAPIA HERMIDA, A., «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)», en *Estudios en Homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. III, Valencia, 1994.

## 2. Doctrina legal sobre el carácter no laboral de la relación que vincula a los administradores con la sociedad y sus consecuencias en materia de la Seguridad Social.

### 2.1. Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Una importante jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, cuyo origen ha de situarse en la Sentencia de 21 de enero de 1991, ha venido excluyendo la relación que vincula al administrador con la sociedad del ámbito laboral y precisa además las consecuencias para con el Régimen General de la Seguridad Social. Aquella jurisprudencia:

- A) Describe la naturaleza jurídica de la relación del administrador con la sociedad, en los siguientes términos:

«Es cierto, desde luego, que la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria; no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1 a) del mismo cuerpo legal» (STS de 4-6-1996).

- B) Precisa la situación de los denominados administradores ejecutivos de la siguiente manera:

«Es cierto que en los consejeros delegados y en los consejeros miembros de la Comisión ejecutiva hay un "plus" de actividad respecto al resto de los integrantes del órgano de administración, lo que implica una mayor dedicación a la empresa, pero ello no altera el dato fundamental consistente en que se desarrolla una competencia propia de ese órgano por uno de sus miembros y a través de una delegación interna de funciones que coloca al consejero delegado y al miembro de la Comisión ejecutiva en una posición similar a la del administrador único o solidario, sin que el dato de que en el primer caso se trate de un órgano colegiado de administración sea suficiente a efectos de justificar un tratamiento distinto en orden a la exclusión», establecida en el artículo 1.3 c) del ET (STS de 21-6-1991).

- C) Destaca la indiferencia de la actividad del administrador social (en lo que respecta al desenvolvimiento de la actividad empresarial), respecto de la del personal de Alta Dirección. Señala al respecto que «al órgano de administración de la sociedad le corresponden funciones de administración en sentido estricto (internas) y de representación (externas), comprendiendo las primeras en principio y a reserva de previsiones estatutarias (...), la gestión de los intereses sociales y la dirección de la actividad de la sociedad, sin que nuestra legislación recoja con carácter general la separación existente en otros ordenamientos entre dirección y gestión» (STS de 21-6-1991).

D) Como consecuencia de las precisiones anteriores la misma jurisprudencia se pronunció sobre la situación de quienes habiendo sido nombrados y aceptado el cargo de administrador social, al propio tiempo tenían concertada con la sociedad un contrato de trabajo de personal de Alta Dirección (administradores-Altos Cargos), con pronunciamientos trascendentes, a la postre, en los más diferentes ámbitos del Derecho, constituyendo una de las más importantes aportaciones jurisprudenciales de los últimos años. Aquella jurisprudencia establece lo siguiente:

«La inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede (a) establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad» (STS de 21-6-1991).

«Si existe una relación de integración orgánica de la persona que desempeña el trabajo de dirección en el consejo de administración social, cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, la relación no será laboral sino mercantil. Lo que, visto desde otro ángulo implica, como regla general, que sólo en los casos de realización de trabajos en régimen de dependencia no calificables como de alta dirección sino como relación de trabajo común cabe admitir el desarrollo simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral» (STS de 8-6-1991).

E) Advierte las dificultades interpretativas que surgían con el artículo 61.2 de la LGSS (1974), pues «su mandato dejaba fuera de la asimilación que directamente disponía a quienes ostentaran, pura y simplemente, el cargo de consejero en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad. Es cierto que quien desempeña dicho cargo tiene la condición de administrador, aunque la desarrolle en órgano colegiado, por lo cual la referencia al mismo, aun efectuada con la literalidad expuesta, cabría entender, (...), que el mismo incluía en la similitud que establecía a quienes, cuando la estructura organizativa no fuere colegiada, ostentaren el cargo de administrador o a aquellos que, siendo colegiado el órgano de administración y formando parte del mismo fueran revestidos de un "plus de actividad", en virtud de delegación conferida por dicho órgano» (STS de 4-6-1996).

Pero también se cuida de señalar la diferente situación actual con la siguiente precisión:

«Es oportuno recordar que el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al dar nueva redacción al precepto, actualmente contenido en el artículo 97.2 a), constriñe dicha asimilación al personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 4-6-1996).

## 2.2. Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, que conocía y conoce de los recursos de apelación y casación contra los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, acogió la doctrina de la Sala Cuarta, (competente, en razón de la materia, para entrar en la naturaleza de la relación administrador y empresa), antes referida, aplicándola, consecuentemente, al ámbito de la inclusión y cotización al Régimen General de la Seguridad Social, indicando:

- A) Que en la actividad de un administrador social «puede entrar toda la actividad de administración o gerencia, que a su vez puede ser el contenido del puesto laboral de gerente o alto directivo, por lo que el elemento diferencial debe situarse en la índole del vínculo en razón del que tal actividad se desempeña, sin que se admita en general la posible duplicidad de relaciones: una excluida, la de administrador social y otra incluida en la laboralidad, la de gerente o alto directivo» (STS de 14-6-1993).
- B) Que «no siendo admisible (...) la existencia de un doble vínculo, se llega a la conclusión de que ha de estarse al carácter mercantil de la relación. Falta por lo tanto el supuesto previo indispensable para que exista la obligación de afiliación y cotización a la Seguridad Social, puesto que dicha obligación se produce cuando se da una relación jurídica de carácter laboral, debiendo interpretarse en este sentido el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 23-6-1995).
- C) «El artículo 1.3 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores dispone en efecto que se excluye del ámbito regulado por dicha ley la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero y, también, la de miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, siempre que la actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. En el mismo sentido debe interpretarse hoy el artículo 61.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social (1974) (...)».

«Tal exclusión es lógica ya que toda sociedad precisa valerse de una o varias personas (órganos) para el desarrollo de su actividad y la consecución de los fines sociales, siendo la actuación de los denominados "órganos sociales", es decir, las personas físicas que están al frente de ellos o los componen, la actuación típica de la sociedad misma que, desde luego, no se limita a funciones meramente consultivas o de simple consejo, sino que, por el contrario comprende el mando de línea; esto es, la actuación ejecutiva, la gestión y la representación de la compañía en cuanto tal, de ahí que esas personas que actúan como órganos sociales estén unidas a la compañía por medio de un vínculo que normalmente será de naturaleza societaria y mercantil, y no de carácter laboral» (STS de 18-4-1995).

- D) Que «una persona que realiza las funciones de dirección y gestión de una empresa que revista la forma jurídica de sociedad anónima, no debe ser necesaria y únicamente un trabajador sometido al Derecho Laboral (...). Las actividades y funciones de Consejero-Delegado son, en principio, las típicas y características de los órganos de la administración de la compañía y las personas que están al frente o forman parte de los mismos resultan vinculados a ésta por un nexo de clara naturaleza jurídico-mercantil» (STS de 18-4-1995).
- E) Que «no están obligados a la afiliación a la Seguridad Social, los miembros de los Consejos de Administración, cuando realicen las funciones propias de ese Consejo de Administración, entre las que se pueden incluir las de administración o incluso gestión de la empresa pues lo trascendente en este caso no son las funciones que se realizan y sí el vínculo que con la empresa tienen» (STS 23-6-1995).

*2.3. Conclusión en torno a la doctrina legal elaborada sobre la inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen General de la Seguridad Social (sin consideración de la doctrina de las Sentencias de 29 de enero, Sala Cuarta, y 25 de febrero de 1997, Sala Tercera, del Tribunal Supremo).*

La conclusión deducible de toda aquella jurisprudencia, es clara. Los administradores de sociedades mercantiles, cualquiera que sea la función desenvuelta en el seno del órgano de administración social, en ningún caso mantienen con la sociedad una relación laboral, y por ello siempre resultan excluidos del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.

Incluso quedan excluidos del Régimen General, al tenor de esta jurisprudencia, aun cuando tuviesen concertado un contrato de trabajo de personal de Alta Dirección con la misma sociedad de la que eran administradores, al no haber llegado a nacer la relación laboral, pues sus funciones de administrador excluían a las idénticas laborales, siendo calificable la relación siempre de mercantil y nunca de laboral. Tampoco en ese caso quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. No tiene cabida, en nuestro ordenamiento la figura del «manager director», propia del ámbito anglosajón.

Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 4 de junio de 1996 y 6 de febrero de 1997, parecieron dejar definitivamente solventada esta enojosa cuestión. Efectivamente tal como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997, «es cierto, desde luego, que la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria, no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1 a) del mismo cuerpo legal».

La histórica exclusión del personal directivo del ámbito de los sistemas de protección social, incluso del de Seguridad Social, es la única explicación posible a aquella innecesaria aclaración legal del artículo 97.2 a) de la LGSS (1994).

Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996, el legislador, «al dar nueva redacción al precepto que efectúa la (...) asimilación, actualmente contenido en el apartado 97.2 a), constriñe dicha asimilación al personal de Alta Dirección a que se refiere el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, con lo cual, aunque hace que tal mandato adquiera plena concordancia con el ordenamiento laboral, priva, sin embargo, de contenido a la referida asimilación, ya que dicho personal, en tanto que vinculado a la empresa por una relación laboral, aunque especial, no precisa de asimilación para estar comprendido en el campo de aplicación del Régimen General, en tanto que la mención de trabajadores por cuenta ajena con relación especial, efectuada en el artículo 7.1 a) del propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, lleva consigo que queden directamente afectados por lo dispuesto en el artículo 97.1 de la misma norma.»

Al extremo resultaba clara para la Sala *a quo* la exclusión de los administradores sociales del ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996, dejó abierta la posibilidad de que el legislador efectuase la asimilación expresa, mediante Real Decreto, de los administradores ejecutivos al personal de Alta Dirección.

No obstante conviene precisar que de llevarse a efecto la asimilación aludida en la sentencia referida en el párrafo anterior, se estaría introduciendo, *de facto*, y sólo para el ámbito de la Seguridad Social, la figura del «manager director». Lo cual bien podría hacer pensar en que se estaría incurriendo en una insalvable contradicción entre ambos sectores del ordenamiento, pues lo que para uno existiría en el otro se negaría, con el consiguiente violentamiento del mandato constitucional contenido en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental, al no respetarse por los poderes públicos la interdicción de la arbitrariedad que tan rotundamente les impone aquel precepto constitucional.

### **3. La incidencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero (Sala Cuarta) y 25 de febrero (Sala Tercera) de 1997, en la doctrina legal sobre la inclusión de los administradores sociales en el Régimen General de la Seguridad Social.**

#### *3.1. La doctrina contenida en la Sentencia de 29 de enero de 1997.*

La Sentencia de 29 de enero de 1997 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, (cuyo Ponente fue el Magistrado don Antonio Martín Valverde), supone un cambio muy importante en la jurisprudencia aludida en los apartados anteriores.

En el Fundamento Jurídico Tercero de aquella sentencia, razonándose en torno al artículo 61.1 a) de la LGSS (1974), (que expresamente declaraba incluidos en el Régimen General a los que «trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas», excepcionando únicamente a «quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad»), efectúa la siguiente reflexión:

«Esta excepción o exclusión se refiere a lo que los estudiosos de las sociedades por acciones llaman consejeros externos y consejeros no ejecutivos, cuya actividad como órgano de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los consejos de administración. Dicha excepción o exclusión legal no abarca, en cambio, a los administradores sociales, también llamados administradores ejecutivos, que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios».

La inclusión no se efectúa desde una calificación de la relación del administrador con la sociedad, distinta de la llevada a cabo por la jurisprudencia anteriormente vista. Efectivamente la sentencia se cuida mucho en destacar que «la relación de servicios de estos administradores sociales que atienden al gobierno permanente de la sociedad se rige por el Derecho Mercantil y no por el ordenamiento laboral, el cual sí rige, en cambio, en determinados puntos fijados por el Real Decreto 1382/1985 para el empleado de Alta Dirección que no tiene la condición de administrador societario o miembro del consejo de administración de la sociedad».

En el Cuarto Fundamento Jurídico la sentencia plantea la operatoria de la motivación de su decisión. Efectivamente, refiriéndose a los administradores ejecutivos (cuya admisión en nuestro sistema se ha operado por vía de la práctica, como indica SÁNCHEZ CALERO, F. (4). Indica lo siguiente: «la decisión sobre la pertenencia o no de este colectivo al Régimen General, (...), depende de cómo se interpreten de un lado la cláusula general de los artículos 61.1 (en relación con el 7.1) de la LGSS 1974, que declara incluidos en el mismo a los trabajadores por cuenta ajena, y de otro lado la cláusula especial del artículo 61.2 a) de la LGSS 1974, de inclusión en el propio Régimen de los Trabajadores por Cuenta Ajena en los cargos directivos de las empresas». Asimismo ofrece, rígidamente, dos únicas soluciones a la disyuntiva planteada, en los siguientes términos:

«Si se piensa, (...), que el alcance de la expresión trabajadores por cuenta ajena tiene la misma extensión que el campo de aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y si se piensa además, que la expresión trabajadores por cuenta ajena en cargos directivos de las empresas comprende solamente los empleados de Alta Dirección del Real Decreto 1382/1985, y no a los administradores

---

(4) SÁNCHEZ CALERO, F. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, Madrid, 1994.

ejecutivos de las sociedades por acciones, la opción interpretativa que ha de acogerse es la de excluir a estos últimos de la aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. En cambio, si se parte de la base, (...), de que el administrador social, que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil, entonces habrá que llegar a la conclusión de que es obligado el encuadramiento de estos profesionales en dicho Régimen General».

En el Quinto Fundamento Jurídico la sentencia, opta por una de las posibles interpretaciones jurídicas alternativamente propuestas en el Fundamento Jurídico Cuarto, que acaba de exponerse. Para ello parte de la no coincidencia de los ámbitos subjetivos del Régimen General y del ET. Así dice «en el enunciado de aquéllos (refiriéndose a los arts. 61.1 y 7.1 de la LGSS 1974) se habla sin más de trabajadores por cuenta ajena, mientras que el tenor literal del artículo 1.1 del ET menciona, además de la nota de la ajenidad en el trabajo, la nota de la dependencia del mismo (...) el campo principal de aplicación de la legislación laboral debe referirse de manera más precisa a los trabajadores asalariados, fórmula que incluye las dos notas indicadas más la de retribución de los servicios».

A continuación indica su criterio interpretativo en los siguientes términos:

«Ciertamente, en el sistema productivo actual, el trabajo asalariado, es el más importante, conocido y característico de los trabajos por cuenta ajena, por lo que el uso indistinto de una y otra expresión es frecuente. Pero esta vía de interpretación no es, evidentemente, la única posible. La distinta formulación de los preceptos legales reseñados permite también, recurriendo al criterio de la interpretación literal estricta, afirmar que el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (...) no son exactamente idénticos o coextensos. De acuerdo con este planteamiento, la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral».

Las razones de fondo en las que se basa la sentencia, para adoptar la interpretación indicada, constituyen una mezcla de criterios estrictamente jurídicos, de política social y económicos. Son las siguientes:

- «1) La experiencia pone de relieve que el sector de los administradores sociales ejecutivos, especialmente en sociedades de dimensión pequeña, puede ser vulnerable a los riesgos y contingencias por la Seguridad Social, en términos semejantes a otros sectores profesionales.

- 2) La inclusión de este grupo profesional de los administradores sociales ejecutivos en el Régimen General de la Seguridad social ha venido siendo exigida por la jurisprudencia y por la propia Administración Laboral desde hace muchos años, lo que ha generado un historial de aseguramiento y unos derechos en curso de adquisición que conviene respetar, en atención al objetivo constitucional de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social.
- 3) Esta jurisprudencia y esta práctica administrativa cuentan con antecedentes normativos de exigencia de afiliación obligatoria a regímenes de Seguridad Social de "quienes por cuenta ajena desempeñen los altos cargos a los que se refiere el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo... en iguales condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores" (Decreto 17 noviembre 1950. BOE 9 de diciembre).
- 4) La exclusión de los administradores sociales ejecutivos del Régimen General de la Seguridad Social, unida a la ya declarada por la jurisprudencia, incompatibilidad de inclusión en el Régimen de Autónomos, daría lugar a una inconveniente laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende en su ámbito prácticamente a todas las actividades profesionales».

En una cierta contradicción con lo hasta ahora expuesto, plantea también la sentencia la cuestión de la posible inclusión de aquellos administradores ejecutivos en el RETA, cuestión que resuelve con evidente simplicidad y, desde luego, incidiendo en una interna contradicción lógica con trascendencia jurídica. Baste ahora señalar que cuando de administradores ejecutivos accionistas se trata, para resultar incluidos en el Régimen General, según la sentencia, han de ser titulares de menos del 50 por 100 del capital social, en otro caso, también según la sentencia, quedan incluidos en el RETA, extremo al que seguidamente atenderemos.

La sentencia merece un juicio crítico de desigual valor, pues si bien plantea con acierto e incisivamente uno de los temas más dificultosos y sensibles en el tema de los administradores sociales y postula implícitamente un cambio jurídico de gran trascendencia en torno al trabajo por cuenta ajena e incluso se introduce no sin desacierto en el amplio campo de la utilización meramente instrumental de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, sin embargo desde el plano de la legalidad vigente no merece el mismo juicio favorable.

Efectivamente en este segundo aspecto debe resaltarse que la afirmación, contenida en su Fundamento Jurídico Tercero, de que los artículos 97 y 98 de la LGSS (1994) son los «homólogos» de los artículos 61 y 62 de la LGSS (1974), es equívoca, imprecisa y, en la forma en que se hace, no parece acertada. Efectivamente el artículo 98 se mantiene en términos prácticamente idénticos al artículo 62, pero el artículo 97 citado no contiene una referencia comparable con el artículo 61.2 a).

El artículo 97 se limita, en lo que interesa, en su apartado 2 a) a referirse al «personal de Alta Dirección a que se refiere el artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores», precepto que, bajo la rúbrica de «relaciones laborales especiales» alude a «la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c)».

Aquel artículo 97.2 a) está aludiendo, en todo caso, a una relación laboral, por lo que al ser la del administrador ejecutivo mercantil (5), como acertadamente significa la sentencia, en ningún caso puede considerarse incluidos a los administradores sean o no ejecutivos en el Régimen General (no existe ningún otro apartado de este artículo sobre el que, a estos efectos, merezca reconducir la cuestión).

Todo el discurso de la sentencia gira en torno a lo que ya no está (pero sí estaba en la LGSS tanto de 1974 como de 1966), precisamente por haberse superado, en la LGSS de 1994, el desajuste anterior con la normativa laboral. Efectivamente, como es bien conocido, en el Código de Trabajo de 1926 (la Orden de 15 de enero de 1920 dejaba fuera a los que denominaba «altos funcionarios») excluía, tanto de su ámbito de aplicación *ex* la definición de «obrero» contenida en su artículo 1 como de la competencia de los Tribunales Industriales, artículo 427, a los «directores, gerentes y, en general, los apoderados generales o factores mercantiles».

La Ley de jornada máxima de 1931 también excluía a directores, gerentes, etc. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 distinguiendo entre encargados de empresa, contra maestros y jefes de taller respecto de los directores, gerentes y altos funcionarios, dejó a estos últimos fuera de su campo de aplicación, exclusión que mantuvo la Ley de Jurados Mixtos de 1935.

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 excluyó de su campo de aplicación a quienes desempeñasen funciones de Alta Dirección (art. 7). No puede olvidarse que las sucesivas LGSS (1966 y 1974) se aprobaron y coexistieron con aquella ley, que no fue derogada hasta la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, y que aún vigente ésta se mantuvo el régimen anterior (disp. adic. cuarta), perviviendo la aplicación del artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo incluso con la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, hasta la publicación del Real Decreto 1382/1985 (6).

Esa situación es explicativa de que la LGSS (1966 y 1974) necesitase llevar a cabo la salvedad del artículo 61.2 a), pero siempre bien entendida esa perspectiva de la naturaleza laboral de la vinculación jurídica de aquellos que, excluidos de la relación laboral, sin embargo quedaban incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Circunstancia que

---

(5) SÁNCHEZ CALERO, F. «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Estudios en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia, 1994, pág. 3.405, señala que «la relación del administrador con la sociedad es de carácter orgánico, cuyo contenido puede precisarse en determinados casos con la presencia de un contrato de gestión, que, (...), no puede ser calificado de trabajo, por faltar en principio la dependencia respecto a la sociedad».

(6) Para una más extensa explicación TAPIA HERMIDA, A. *La alta dirección empresarial (Administradores y Altos Cargos)*, *cit.*

la propia sentencia reconoce cuando indica que «conviene tener presente también que el reenvío efectuado a su artículo 7 (refiriéndose a la Ley de Contrato de Trabajo) por el artículo 61.2 a) de la LGSS 1974 es un reenvío de los llamados recepticios, que ha supuesto la incorporación del contenido de la norma reenviada a la norma reenviante, haciendo posible incluso su pervivencia más allá de la fecha de derogación de aquélla, hasta la modificación de la redacción del artículo 61.2 a) de la LGSS 1974 por el actual artículo 97.2 de la LGSS 1994» (Fundamento Jurídico Tercero, apartado cuarto).

La Sentencia de 30 de enero de 1997, de la misma Sala Cuarta, en un esfuerzo imposible intenta conciliar la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996 y 29 de enero de 1997, lo que no consigue, con el resultado de generar más confusión si ello fuera posible.

En todo caso conviene destacar el Voto Particular a esta última sentencia, formulado por el Magistrado don Pablo Cachón Villar, al que se adhieren los Magistrados don Aurelio Desdentado Bonete, don Luis Gil Suárez y don Fernando Salinas Molina, que reproduce sustancialmente el formulado a la Sentencia de 29 de enero. No obstante la claridad del formulado a la Sentencia de 30 de enero merece el detenimiento, siquiera breve, en el mismo.

Efectivamente en aquel Voto Particular los Magistrados firmantes afirman que «los administradores ejecutivos, cualquiera que sea su participación accionarial, deben ser considerados, a los fines de su encuadramiento en la Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena (por cuenta de la sociedad que administran), y como tales han de estar afiliados al Régimen General de la Seguridad Social». La fundamentación para semejante Voto no deja de ser coherente, pues según se indica:

«El *quantum* de la participación accionarial no debe ser criterio para establecer el distinto régimen de afiliación del administrador ejecutivo a la Seguridad Social. La expresada doctrina no es coherente con la unidad del sistema jurídico en lo que se refiere a las sociedades por acciones o participaciones sociales, a las que la ley reconoce personalidad jurídica propia, al igual que patrimonio y responsabilidad propios, con independencia de la de sus socios.»

### 3.2. La doctrina sentada en la Sentencia de 25 de febrero de 1997.

La Sentencia de 25 de febrero de 1997 (Sala Tercera) del Tribunal Supremo, supone una vuelta a posiciones jurisprudenciales abandonadas y un cambio importante en la más reciente y ajustada doctrina legal sentada por aquella Sala, (a la que se ha efectuado alusión anteriormente). Efectivamente la jurisprudencia de la Sala, inmediatamente anterior a esta sentencia, se esforzó por asumir los criterios de la Sala Cuarta del mismo Alto Tribunal, como se indica en la Sentencia (Sala Tercera) de 26 de julio de 1996:

«Conviene recordar que durante bastante tiempo esta Sala ha venido centran- do el análisis de la exclusión de la laboralidad del artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores en la índole de la actividad realizada y en su entidad objetiva, pues no tenía inconveniente en entender que las funciones de los administra- dores activos de las sociedades, cuando implicaban una actividad gerencial retri- buida, no entraban en el supuesto de exclusión referido, sosteniendo que dicha actividad no se limita "pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración", ni le es aplicable la nota de que "sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo"».

No obstante, en reciente jurisprudencia, se ha ido corrigiendo esta línea tradicional, y así la Sentencia de 14 de junio de 1993, señala:

«Tal doctrina se distanciaría de la de la Sala de lo Social de este Tribunal -para la que la definición del alcance de la exclusión que comentamos entra en sus com- petencias jurídicas (ex art. 9.5 LOPJ), mientras que para nosotros la definición se sitúa en el marco de una cuestión prejudicial (ex arts. 9.4 y 10.1 LOPJ)-».

Precisándose en la misma sentencia, y a continuación, que aquella Sala Cuarta: «ante idéntico problema ha establecido, la doctrina que, para entender cuál sea la actividad de los "consejeros" o miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten forma jurídica de sociedad, es erróneo el empeño de acudir a la definición objetiva de la actividad, pues en ella, sin que pueda negarse que sea cometido inherente del cargo, puede entrar toda la actividad de administración o gerencial, que a su vez puede ser el contenido del puesto laboral de gerente o de alto directivo, por lo que el elemento dife- rencial debe situarse en la índole del vínculo en que tal actividad se desempeña, sin que se admita en general la posible duplicidad de relaciones: una excluida, la de administra- dor social, y otra incluida en la actualidad la de gerente o directivo».

Y concluye respecto del caso que allí se consideraba, en «la no existencia de relación la- boral, y sí la meramente mercantil entre la empresa y su accionista, Administrador General, como esta Sala y para supuestos similares ha declarado en Sentencias de 19 marzo 1996, 14 de mayo 1996 y 11 junio de 1996».

La Sentencia de 25 de febrero de 1997, rompe con aquella línea de concordia, y ha de ubi- carse en la doctrina, abandonada por la propia Sala a partir de la Sentencia de 26 de abril de 1991, de la que fueron exponentes sus Sentencias de 3 de julio de 1975, 4 de junio de 1976, 19 de enero de 1979, 26 de marzo de 1981, 21 de enero de 1982, 30 de julio de 1987, 19 de octubre de 1988, 27 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1990, entre otras. Ciertamente la Sentencia de 25 de febrero citada acoge mediante una simple alusión tal doctrina legal («no habiendo siquiera cuestiona- do la empresa que el Gerente estaba obligado a afiliarse a la Seguridad Social, circuns- tancia que por otro lado era obligada, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, Sen- tencias de 19 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1990»).

Aquella superada línea jurisprudencial, afirmaba que estaban «obligatoriamente incluidos en el Régimen de la Seguridad Social, quienes trabajan por cuenta ajena en los cargos directivos de las empresas, esto es, los que desempeñan funciones de Alta Dirección o gobierno a excepción de aquellos que simplemente ostenten los cargos de consejeros en las empresas que adopten la forma jurídica de sociedad y desarrollen actividades que sólo conlleven la realización de cometidos inherentes a tales cargos, esto es, las funciones directivas emanadas del ordenamiento mercantil» (STS 4-6-1990).

Concluyendo la misma jurisprudencia que quienes actuaban como «administradores, directores o gerentes de una sociedad anónima, aunque sean socios de la misma e incluso tengan carácter familiar, han de considerarse que prestan servicios por cuenta ajena, pues repercuten en favor de una persona jurídica distinta, y como tales quedan incluidos en la Seguridad Social» (STS de 4-6-1990).

Con ser importante aquel contenido de la indicada resolución jurisprudencial, no deja de ser trascendente la fijación que efectúa de la fecha en que debe procurarse la afiliación o el alta, en su caso, e iniciarse la cotización por el administrador social. Para ello es importante destacar los siguientes extremos del supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia, que la sociedad fue constituida (otorgamiento de la escritura fundacional) en 1983 y se inscribió en el Registro Mercantil en 1984, que en la escritura fundacional aparecía nombrado el Gerente-Administrador el que en la misma aceptó el cargo, que en los estatutos sociales aparecía la fecha del otorgamiento de la escritura fundacional como de inicio de la actividad de empresa, y que la fecha real de inicio del desarrollo de su actividad empresarial fue bastante posterior a su inscripción registral.

La sentencia tras afirmar la adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad con su «constitución e inscripción registral», que «el Gerente fue nombrado para trabajar por cuenta de la empresa desde la misma fecha de constitución de la sociedad», y que «es actividad de la empresa la relativa a la preparación (... de las) actividades» (que constituían el objeto social), confirma las liquidaciones de cuotas efectuadas (Actas de Liquidación), que establecían como fecha obligada de afiliación, e inicio de la cotización, la de la inscripción registral, no la posterior del inicio de la actividad de empresa.

Semejante resolución judicial no es irreprochable, pues puede imputársele la crítica desfavorable que ya se ha manifestado respecto de la Sentencia de 29 de enero de 1997, y además, incluso partiendo de su propia doctrina, la fecha de afiliación debería haber sido la de la escritura fundacional no la de la fecha de la inscripción registral, pues que sólo desde dicha fecha deba considerarse constituida definitivamente la sociedad limitada, es otra cuestión, porque antes existió una sociedad limitada en formación (cuya personalidad jurídica, o al menos un importante grado de subjetivación, puede sin duda afirmarse) y un administrador designado para poder actuar, al parecer, también en esa fase constitutiva (7).

(7) *Vid.* TAPIA HERMIDA, A., «La inscripción (de los empresarios), la afiliación, el alta y la baja (de los trabajadores) en el sistema de la Seguridad Social» *cit.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (dirg. por F. SÁNCHEZ CALERO), T. I, Madrid, 1997, especialmente el comentario a los artículos 7 y 15, y «La Sociedad Anónima falta de inscripción registral», Madrid, 1996.

#### 4. La práctica administrativa respecto de la inclusión de los administradores de sociedades capitalistas en el Régimen General de la Seguridad Social.

La Administración Pública, mediante Resolución DGSS de 23 de junio de 1992, desarrollada por la Circular de la TGSS núm. 2-034 de 29 de diciembre del mismo año, ha interferido con poca fortuna en aquella difícil cuestión.

En una consideración sucinta, y siguiendo la indicada Circular, cuyo impacto social y económico ha sido extraordinario, como más adelante se indica, se pueden hacer las siguientes observaciones.

En el apartado 2.2 de la misma y bajo el rótulo general de «socios de las sociedades capitalistas» y específico siguiente «Que trabajen personalmente para la sociedad y desempeñen simultáneamente funciones propias de los órganos de administración de la sociedad», la disposición administrativa citada establece lo siguiente:

«2.2.1) Cuando el referido trabajo personal para la sociedad se constituya como relación laboral común con la misma, existirá un doble vínculo con ella orgánico y laboral, de los que este último determinará la procedencia de incluir los socios de que se trata en el Régimen General o Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena que corresponda por razón de la actividad».

En el apartado siguiente se completa esta previsión de la siguiente manera:

«2.2.2) Cuando el trabajo personal para la sociedad implique una relación laboral especial de alta dirección, solamente quedarán incluidos en el Régimen General o Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena que corresponda por la actividad si concurrieran los siguientes requisitos:

- a) Que el trabajo se preste a título distinto de la condición de miembro de los órganos de administración de la sociedad.
- b) Que la actividad desarrollada, en cuanto miembro de los órganos de administración se limite a funciones de deliberación y consejo y no de dirección y gerencia, en iguales términos a los señalados en el apartado 2.2.1, precedente.»

Si la previsión contenida en el epígrafe 2.2.1 no parece incorrecta, la contenida en el epígrafe 2.2.2 puede cuestionarse a la luz de la jurisprudencia hasta ahora aludida, y a la que, paradójicamente, aquellas disposiciones administrativas, dicen pretender dar cumplida satisfacción.

### III. LA INCLUSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

Las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de enero y 6 de febrero de 1997 han vuelto a replantear el tema de la inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el RETA. Al caso, es oportuno efectuar la observación de que la denominación misma del RETA, es incoherente, al aludir a «trabajadores por cuenta propia» como equivalente a «trabajadores autónomos», lo cual no es cierto.

#### 1. El «trabajador autónomo». Concepto.

La noción misma de «trabajador por cuenta propia o autónomo», que aparece como propia del sistema de la Seguridad Social al no tener equivalencia en el ámbito de las normas laborales, es imprecisa y supone una cierta contradicción lógica si se pretende que las palabras expresen lo que significan. En puridad de técnica jurídica no existen trabajadores por cuenta propia o autónomos, sino empresarios. La idea misma de trabajador, jurídicamente (y no sociológica o económicamente) presupone ajenidad y, sin duda, desde la aparición del socialismo científico (marxismo) conlleva la carga ideológica de la apropiación por otros (patrones) de una (real o supuesta) plusvalía y es connatural a la idea de la lucha de clases (proletariado o clase trabajadora frente a la burguesía) (8).

No obstante, estimándose que no todos los empresarios eran iguales desde una perspectiva más económica que jurídica, y valorándose elementos diversos, como el número de trabajadores ocupados en la empresa, la edad y el nivel de ingresos, incluso los familiares dependientes o el tiempo de trabajo, se llegó a la conclusión de que existía una cantidad muy numerosa de empresarios, de escasa entidad económica cada uno de ellos, que resultaban, a la postre, proletarizados, y sometidos en su consecuencia a los mismos riesgos que los trabajadores por lo que frente a la miseria, inicialmente, y la necesidad, más tarde, debían ser protegidos. Se les denominó «trabajadores por cuenta propia o autónomos», con evidente infortunio, (especialmente si se compara con la hoy al uso de «microempresas», en la terminología comunitaria).

En el Derecho comparado aparecen como elementos componentes de su delimitación legal tanto el ejercicio personal de la actividad como su independencia. Como criterio orientador bien pudiera acogerse, ahora, el de la Recomendación de la Comisión Europea de 3 de abril de 1996, que califica de «microempresa» a la que emplee de 0 a 9 asalariados.

---

(8) Sobre la noción de trabajador autónomo BALLESTER PASTOR, I., «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *RTSS (MTSS)*, enero-marzo 1995, pág. 25 y ss.

Ante la variedad de elementos a tener en cuenta, la imposibilidad y consiguiente falta de una delimitación sociológica y económica, de lo que era un «trabajador autónomo», se acabó por ofrecer, en el propio ámbito de la Seguridad Social, un concepto o definición de trabajador autónomo lastrado y tributario de los diversos sectores de actividad económica (industria-servicios, agrario y marítimo-pesquero).

El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en su artículo 2.º, y su Reglamento aprobado por Orden de 24 de septiembre de 1970, en su artículo 1.º, dan el siguiente concepto de trabajador autónomo:

«Toda persona física que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque utilice el trabajo remunerado de otras personas.»

*1.1. Elementos de la noción legal de «trabajador por cuenta propia o autónomo».*

*A) Persona física.*

El RETA aparece dirigido a personas físicas. No es, en principio, concebible un «trabajador» que sea una persona jurídica, (no obstante la circunstancia de que los socios de las sociedades colectivas se incluyan en el mismo ha de estimarse como un supuesto de afiliación de una persona jurídica, en la medida en que se obligue a afiliarse a todos los socios de una sociedad colectiva).

*B) La realización de una actividad económica.*

Una actividad puede calificarse como «económica» si, y sólo si, reúne las siguientes notas características:

- a) Tratarse de una actividad «de producción de bienes o servicios susceptibles de valoración económica» (carácter no predeterminado y resultante del hecho de que en el mercado se le atribuya un valor).*
- b) Que esa actividad «se proyecte y programe con arreglo a criterios de economicidad» (cálculo racional en función del mercado y del mecanismo de los precios).*
- c) Que tal actividad «esté dirigida al mercado», esto es, destinada a satisfacer necesidades ajenas al productor (actividad no autárquica) y manifestándose como una actividad de oferta en el mercado.*

- d) Que la actividad se desenvuelva de manera «autónoma» (de donde se deduce el principio de imputación de las consecuencias que de la misma se pudieran derivar, a su agente).
  - e) Que se trate de una actividad organizada (esto es, que sea programada y presuponga el establecimiento de una organización, por mínima que sea).
- C) Que la actividad se desarrolle «a título lucrativo».

Actividad lucrativa y economicidad son conceptos que no se confunden. El ánimo de lucro es un concepto (ya escasamente utilizado) estrictamente mercantil, no laboral y que desde luego no conviene trivializar, ciertamente supone que se desenvuelve una actividad tendente a la obtención de beneficios, acepción que no puede confundirse con la pretensión de obtener medios de subsistencia personales y familiares, por muy amplios que éstos sean.

El fin lucrativo de la actividad está vinculando aquélla a la idea de comerciante, como quien desarrolla una actividad de intermediación en el tráfico. Cuando la referencia se efectúa a administradores de sociedades, resulta que la finalidad lucrativa sólo puede referirse a la sociedad, en cuanto que se constituye en un elemento del contrato (salvo en las sociedades, capitalistas, unipersonales originarias) de sociedad (causa), pero nunca a quien trabaja «materialmente» para aquélla, y todo ello sin contar con los supuestos de neutralidad causal de sociedades anónimas y limitadas.

D) Sin sujeción a contrato de trabajo.

Forzoso es entrar aquí en las notas de falta de dependencia y de ajenidad.

Lo primero que debe significarse es la ausencia de acuerdo en el alcance y significado de aquellas notas. La de la dependencia ha sido identificada con la disponibilidad por el empresario de la fuerza de trabajo o con la puesta a disposición de aquél, por el trabajador, de su propia fuerza de trabajo. Como subordinación, no económica, sino técnica a las instrucciones y mandatos del empresario.

Aquella apreciación podría matizarse, hoy en día, señalando que a la subordinación económica, que se manifiesta fundamentalmente en el despido y pérdida, al menos transitoria, de los medios de subsistencia del trabajador, se añade la subordinación técnica, la que ha sido muy intensa, y que ahora tiende a matizarse por la creciente complejidad de la ciencia, de la técnica y la irrupción de la revolución informática, así como por la tendencia a la desaparición de los trabajos manuales, meramente repetitivos o simplemente no «cualificados».

La ajenidad, constituye otra de las encrucijadas del Derecho del Trabajo, no se sabe si se trata de ajenidad en los riesgos, de ajenidad en los frutos o de ajenidad en la titularidad de una empresa (en sentido jurídico-objetivo, como conjunto de bienes materiales e inmateriales).

La doctrina laboralista ordinariamente ha venido vinculando las nociones, de ánimo de lucro, ajenidad y dependencia, considerando que el ánimo de lucro se produce siempre que se desenvuelve un trabajo sin las notas de ajenidad y dependencia (SSTCT de 8 de septiembre y 8 de noviembre de 1988. Con resultados tan curiosos como considerar que durante el período de recitaje de un trabajador se dan las notas del concepto de trabajador autónomo, STSJ del País Vasco de 18 de junio de 1993).

Con la implicación de las notas de falta de dependencia y falta ajenidad y la del ánimo de lucro, se llega a la conclusión de que trabajador autónomo es el empresario, y sólo el empresario [de ahí que la Recomendación de la Comisión Europea de 3 de abril de 1996, citada, distinga entre «microempresa», «pequeña empresa» y «mediana empresa», considerando a todas ellas «empresas» (PYMES), y efectuando una clasificación por tramos, dependiendo del número de asalariados, desde 0 a 500].

No se puede dejar de señalar, que una cierta doctrina ha venido caracterizando la vinculación del administrador con la sociedad como un contrato de trabajo, bien que exceptuado de la legislación laboral. En todo caso y para quienes se suman a la consideración de esa vinculación como contractual, estamos ante un contrato que si no se califica de «trabajo exceptuado de la legislación laboral» forzoso es calificarlo de «administración», lejos ya de las teorías clásicas sobre la calificación de aquella relación como de mandato o comisión.

E) La realización del trabajo de forma personal, habitual y directa.

Lo habitual se opone a lo ocasional o esporádico, y se conecta con la pretensión de obtener un medio de subsistencia. Ciertamente esta nota es característica, en definitiva, de toda actividad, con cuyo ejercicio se pretenda obtener un medio de vida, laboral o no laboral.

Son notas irrelevantes para pretender diferenciar al trabajador por cuenta ajena del que no lo es, pero sí tienen relevancia a la hora de pretender diferenciar a un tipo de empresarios de otros, es decir, aquellos que asumen la dirección de la actividad económica de aquellos que únicamente aparecen como titulares de la misma.

La referencia ha de efectuarse no al trabajo material, productivo, sino específicamente a la actividad de dirección, punto en el que ha de insistirse habida cuenta del tema que estamos tratando. Extremo que viene reflejado en una nutrida jurisprudencia que, para la inclusión de un sujeto en el RETA, no exige la intervención personal y directa en el fenómeno productivo, por lo que no ha de estar presente en todo momento en el lugar de realización material del trabajo ni en todas y cada una de las actividades que compongan la actividad empresarial (SSTCT de 13 de mayo y 8 de septiembre de 1987; STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 1990 y RDGSS de 28 de septiembre de 1973).

## 2. La inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

La obligación impuesta a los administradores de sociedades mercantiles de afiliarse al RETA se encuentra en las disposiciones administrativas, ya citadas, de la Administración de la Seguridad Social, la Resolución de la DGSS de fecha 23 de junio de 1992, y, la Circular de la TGSS núm. 2-034, de 29 de diciembre de 1992.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996, citada, «la afirmación efectuada en tal sentido por los recurrentes, hecha de manera apodíctica, pretende, seguramente, encontrar apoyo en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de junio de 1992, determinante de la Circular de la Tesorería General núm. 2-034, de 29 de diciembre; pero una y otra carecen de fuerza normativa, por lo que su eficacia se halla obviamente condicionada a que se hallen acomodadas al ordenamiento jurídico». Apreciación que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997.

Pero si el valor y eficacia jurídica de aquella Resolución y Circular, es más que cuestionable, su trascendencia social y práctica ha sido y es enorme, pues establecen los criterios de actuación de una Administración cuya actividad se proyecta constantemente sobre los ciudadanos, obligándoles a prestaciones patrimoniales de acusada naturaleza tributaria, con procedimientos expeditivos de recaudación (9).

*2.1. Consideraciones sobre la práctica administrativa (Circular de la TGSS, núm. 2-034 citada), relativa a la inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

A) Administradores de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias simples.

Preciso es efectuar una referencia al tratamiento que aquella disposición administrativa depara a los socios colectivos de estas sociedades. Así en su apartado 1 titulado, «Socios de las sociedades personalistas: sociedades regulares colectivas y sociedades comanditarias», se dice lo siguiente:

«Los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma personal habitual y directa, se han de considerar incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de acuerdo con lo previsto en el apartado c) del artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador de dicho Régimen Especial.»

(9) Sobre la naturaleza de la cuota de Seguridad Social, TAPIA HERMIDA, A., «Cuestiones fundamentales de la cotización a la Seguridad Social», *Revista «Estudios Financieros» de Trabajo y Seguridad Social* núms. 89-90, agosto-septiembre 1990, pág. 87 y ss., y en *Revista «Estudios Financieros» de Contabilidad y Tributación*, núm. 89, agosto 1990, pág. 59 y ss. Sobre la recaudación de cuotas, TAPIA HERMIDA, A., «La recaudación de las cuotas y demás recursos económicos de la Seguridad Social en el nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social», *Revista «Estudios Financieros» de Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos*, núm. 155, febrero 1996, pág. 3 y ss).

La determinación legal aludida, no por cierta debe dejar de ser objeto de una seria crítica. La primera cuestión que cabe destacar es la falta de determinación exacta de las sociedades afectadas. Parece que de conformidad con la titulación del correspondiente apartado únicamente se hace referencia a las sociedades colectivas y a las sociedades comanditarias simples, dejando fuera a las comanditarias por acciones, cuyo carácter de sociedad capitalista nadie pone, hoy en día, en duda.

Pero entrando ya en el análisis de aquella previsión de disposición administrativa, ha de llamarse la atención que en la misma se alude a unos tipos sociales concretos, por lo que entender como lo han hecho algunas sentencias (SSTCT de 18 de octubre, 10 y 18 de noviembre de 1988 y 19 de abril de 1989, SSTSJ de Madrid de 16 de noviembre de 1990, 30 de enero de 1991, de Aragón de 5 de octubre de 1989, de Cantabria de 4 de mayo de 1991, de la Comunidad Valenciana de 5 de marzo de 1990 y 14 de julio de 1993, y de Galicia de 12 de abril de 1994) que lo importante es la explotación de una actividad económica sea o no mercantil supone acoger, deficientemente, una concreta posición doctrinal (10).

Efectivamente, considerar que las sociedades, actuantes en el tráfico, que sin la denominación de colectivas, y sin constituirse regularmente (falta de escritura pública de constitución o de su inscripción en el Registro Mercantil), son sociedades mercantiles irregulares y que éstas, por definición, son sociedades colectivas (en cuanto tipo general social mercantil), es apartarse del tenor de la ley, siendo así que incluso desde un punto de vista doctrinal el tema se ha cuestionado llegándose incluso a afirmar que, según el ordenamiento jurídico positivo aquellas sociedades son sociedades civiles. Además, en estos supuestos la postura jurisprudencial no es clara, propendiendo a aplicar la normativa propia de las comunidades de bienes.

Cuando la ley alude a un tipo legal concreto no es lícito el saltarse esa determinación y, haciendo caso omiso de la norma, entender que existe lo que la norma no dice, en base a consideraciones más o menos fundadas, y cuando eso lo hace un Juez se separa de nuestro sistema jurídico-político, definido en la Constitución, según el cual el Juez se limita a aplicar la ley sin legislar, y además no se entra en el único sistema o modelo alternativo, el anglosajón, porque para nada se tiene en cuenta el precedente, con el resultado de que simplemente se cae en el arbitrio judicial.

La crítica a la previsión legal debe efectuarse desde la perspectiva de que al obligar a todos los socios de las sociedades colectivas a afiliarse a la Seguridad Social, en este Régimen Especial, en definitiva se está afiliando a la sociedad colectiva (que es básicamente una situación contractual). Ésta es la única que tiene la cualidad de empresario y la única a la que se puede referir el ánimo de lucro, no a los socios individualmente considerados y al margen del contrato de sociedad.

La dicción de la norma y la previsión de la disposición administrativa aplicativa, condicionan la inclusión en el Régimen Especial al hecho de que «trabajen en el negocio con tal carácter» (de socios), lo cual plantea los siguientes interrogantes, ¿acaso se supone que algunos socios colectivos no participan en la actividad social? ¿Se toma el término trabajo, como trabajo material? ¿Acaso se limita la inclusión a los socios que sólo aportan trabajo o «socios industriales»?

---

(10) Vid. J. GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, pág. 391.

Parte la previsión legal de que los socios son al propio tiempo quienes se ocupan de la administración de la sociedad, lo cual efectivamente es cierto, pues todos están, en principio, llamados a aquélla, pero también es cierto que puede establecerse una administración limitada a algunos de ellos, e incluso establecerse un organicismo de terceros.

Como demostración de la insuficiencia de aquella previsión legal, y de las limitaciones e insuficiencias de su interpretación por la Administración, puede señalarse la siguiente incongruencia. Efectivamente, si establecida una estructura orgánica, se contrata como Director general o gerente a uno de los socios, algo perfectamente posible, deberá ser dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, pero si resulta que es en el seno de la propia sociedad donde se le designa como encargado de la administración y gestión de la sociedad habrá de ser dado de alta en el Régimen Especial (la jurisprudencia referida a los administradores, atiende únicamente a sociedades capitalistas).

*B)* Socios de sociedades capitalistas, que además prestan servicios gerenciales (o de otra naturaleza) a las mismas, pero no específicamente como titulares del órgano de administración.

Establece la disposición administrativa citada, bajo el rótulo general de «Socios de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada», los siguientes supuestos:

- a)* En el apartado 2.1, llevando como titulación «Que trabajen personalmente en la sociedad sin desempeñar funciones propias de los órganos de administración de la misma», dice:

«2.1.1) Como regla general y siempre que realmente exista entre la sociedad y los socios trabajadores una auténtica relación laboral, con las notas básicas de ajenidad, dependencia y remunerabilidad, tales socios tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena y, en consecuencia, quedarán encuadrados en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad desarrollada».

La pregunta salta a la vista, ¿en qué supuesto (s), excepción hecha de los administradores, un socio de una sociedad anónima o limitada puede trabajar para la misma sin que se origine una relación laboral? Sólo en algún supuesto de prestaciones accesorias, pero éste no parece, por su excepcionalidad, aquel en el que esté pensando la disposición administrativa, más bien parece que se parte de la incorrecta idea de que los socios de sociedades capitalistas pueden, en su condición de tales, prestar trabajo para la sociedad.

Efectivamente la disposición administrativa parece partir de que los socios de sociedades capitalistas pueden trabajar para la sociedad en su condición de socios. Y efectivamente eso puede serlo pero sólo en una hipótesis de que en los Estatutos de la sociedad se hubiera previsto la realización de prestaciones accesorias remuneradas, por todos o algunos socios, consistentes en la prestación material de trabajo.

Si la disposición estatutaria de referencia obligase a los socios a efectuar una prestación material de trabajo, continuada, sometida a jornada, y percibiendo por ello un salario, podría bien considerarse que existe un fraude de ley, con la consecuencia de que existe una relación laboral, que deberían quedar incluidos en el Régimen General, lo que podría ser razonable, pero sólo si se admitiese que la exigencia del fraude de ley, cuya existencia tiene, en todo caso que quedar cumplidamente acreditada o probada (lo que, desde luego, no parece posible fuera de un proceso judicial), extremo que en absoluto es indicado en la disposición administrativa, o bien que lejos de aquella idea de fraude de ley, y en contra del criterio de aquella disposición, deban ser dados de alta en el RETA, aplicando un criterio analógico con la obligación establecida para los socios colectivos, la cual es, a todas luces, rechazable.

- b) Bajo el rótulo de «Excepciones» a las reglas anteriores, aparece en la citada disposición administrativa lo siguiente:

«2.1.1, a) Cuando la actividad de socio no dé lugar a la percepción de un salario, sino que realmente le autorice para una participación específica en las ganancias sociales, en razón de dicha actividad.

2.1.1, b) Cuando el socio, a través de la titularidad de las acciones, posea un efectivo control de la empresa o la titularidad mayoritaria de su capital.

En ambos casos, tales socios habrán de incluirse como trabajadores por cuenta propia o autónomos en el Régimen correspondiente».

Por el primer supuesto, según la disposición administrativa de referencia, todos los socios de sociedades anónimas o limitadas han de darse de alta como trabajadores autónomos, pues aquellos, por la misma condición de socios, tienen derecho a la participación en las ganancias sociales. Y si fueran titulares de acciones sin voto el fundamento de la inclusión resulta especialmente intenso por el derecho que tienen al dividendo mínimo, acumulable al ordinario.

Aun cuando, haciendo un esfuerzo imaginativo, se considerase que la disposición administrativa estuviera aludiendo al supuesto de que los Estatutos hubieran establecido la obligación de efectuar prestaciones accesorias, consistentes en una realización material de trabajo tal que reuniera las notas de ser «habitual, personal y directa», lo que es sumamente extraño, y además estableciese que aquellas prestaciones fueran remuneradas. Como la previsión de aquella disposición administrativa obligaría a estimar que la remuneración consistiría en una participación en beneficios, el supuesto se torna imposible, porque semejante previsión estatutaria sería ilegal.

Respecto del segundo supuesto, aquella disposición administrativa, por su cuenta, establece un supuesto específico de aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», lo cual debe ser objeto de una crítica muy negativa, pues aquella doctrina, que carece de formulación jurídico posi-

tiva, únicamente ha sido acogida por la jurisprudencia, la cual reiteradamente, sin fisuras, ha venido señalando que únicamente los Jueces y Tribunales pueden «levantar el velo» de la personalidad jurídica, penetrando en el sustrato personal de las mismas, sin que a ninguna otra persona, entidad u organismo le sea lícito el desconocer la existencia de la persona jurídica (11).

C) Socios administradores de sociedades capitalistas.

En el apartado 2.3 de aquella disposición administrativa se aborda el punto más polémico, bajo el título «Que desempeñe solamente actividades propias de los órganos de administración de la sociedad». En ese apartado se dice:

«2.3.1) Los socios que desarrollen únicamente las referidas actividades, como miembros de los órganos de administración, realizando bajo esa condición las funciones ejecutivas de gerencia y dirección de la sociedad, a título lucrativo y de forma personal, habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo quedan incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos al darse los requisitos que para tal inclusión exige el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador de dicho régimen especial».

«2.3.2) Lo determinado en el apartado anterior no afectará a quienes, en su mera condición de consejeros, no desarrollen funciones ejecutivas y de dirección, sino que se limiten a las puramente consultivas ya mencionadas en apartados anteriores, por cuanto estas últimas, *per se*, no constituyen actividad profesional de relevancia que pueda dar lugar a encuadramiento en dicho Régimen Especial o en cualquier otro del Sistema».

«2.3.3) Merece finalmente una consideración especial la figura de los delegados de los órganos de administración de la sociedad -Consejeros Delegados, Directores Generales, Gerentes...-, que normalmente desempeñan sus funciones de dirección y gerencia, pero subordinados al Consejo de Administración y respecto de los que, a efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social, habrán de tenerse en cuenta estas consideraciones:

- a) Si las funciones que lleva a cabo las realizan confundiendo en el marco de una relación orgánica, por integración en el órgano de administración social, no podrá considerarse la existencia de una auténtica relación laboral y, por ende, deberán incluirse en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos siguiendo los criterios que para los miembros de tales órganos se han manifestado en el apartado 2.3.1 anterior.

---

(11) Sobre el levantamiento del velo BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento del velo» y persona jurídica en el Derecho privado español, Pamplona, 1996.

- b) Por el contrario, si las referidas funciones las realizan sin integrarse y confundirse en los órganos de administración social, subordinados a éstos y bajo una auténtica relación laboral especial de alta dirección, se aplicarán las directrices que para estos últimos se especifican en el apartado siguiente.»

D) Administradores, no socios, de sociedades capitalistas.

La posición de los administradores que no sean socios, sólo indirectamente parece abordarse en la Resolución de la DGSS citada. La cuestión está en qué tratamiento ha de darse a aquellos sujetos que son nombrados como administradores precisamente por haber sido contratados como altos cargos, y fundamentalmente para lograr mayorías suficientes en el órgano de administración.

En las sociedades capitalistas cerradas, es muy frecuente que el socio mayoritario, o alguno del grupo mayoritario, sea contratado al propio tiempo como Director General, fenómeno que se acentúa si se trata de sociedades familiares (en las que los reglamentos internos o protocolos, vigentes al margen de los estatutos de la sociedad, y convenidos por todos los socios, se establezca imperiosamente que los administradores han de ser socios e incluso determinados socios). En estas sociedades se trata de una cuestión de mantenimiento de la propiedad y del control efectivo de la sociedad, así como de la marcha de la empresa de la que aquélla es titular.

No obstante el tema adquiere un sentido muy diferente en las grandes sociedades, donde las mayorías y por lo tanto el dominio de la sociedad, se obtiene por minorías mayoritarias de socios. En estos supuestos los grupos de socios (normalmente accionistas por tratarse de sociedades anónimas) dominantes son conscientes de su relativa debilidad, de la composición plural del órgano de administración (Consejo) con la presencia en el mismo de miembros de grupos contrarios y que también pretenden lograr el control de la sociedad.

Efectivamente aquella mayoría minoritaria en la sociedad, suele contar con el mayor número de representantes en el órgano de administración (Consejo), para evitar cualquier resultado inesperado en las decisiones de aquel órgano administrativo (y no sólo ni principalmente por razones de solvencia técnica del órgano que administra los intereses de la sociedad y a la postre dirige la actividad empresarial), aquel grupo mayoritario y que cuenta con mayor representación (número de miembros) en el órgano administrador (Consejo), suele reforzar su posición incorporando al mismo a quienes han contratado (el propio Consejo o los consejeros delegados nombrados con los votos del grupo dominante) como personal de alta dirección. Personal laboral que normalmente van a mantener una posición fiel a quien tiene el poder en la empresa (tanto que puede despedirlos).

En el caso de los socios administradores-altos cargos, la condición de administrador excluye a la de personal de alta dirección y por lo tanto deben quedar fuera del ámbito de la Seguridad Social, no obstante la posición de una determinada línea jurisprudencial, ya vista, y la práctica administrativa. Por contra en el supuesto de administradores que no son socios y que son nombrados como tales por su condición o contratación como personal de alta dirección, aun cuando se les

nombre consejeros delegados, debe prevalecer su condición de personal de alta dirección, y como tales quedar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (12).

Aplicar a estos últimos la misma solución que a los socios administradores conduce a soluciones injustas que el ordenamiento jurídico no debe amparar, y en ese sentido debiera pronunciarse la jurisprudencia (aquí cabe traer a colación, aunque sin demasiada seguridad, la STS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1997), sin que sea necesaria modificación legislativa alguna (modificación que probablemente produciría confusión y efectos, a la postre, perversos).

### **3. La posición de la jurisprudencia sobre la inclusión de los administradores de sociedades mercantiles en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996, tras destacar que «la mención de empresas individuales o familiares, hecha por el citado artículo (refiriéndose al art. 3 del Decreto 2530/1970), y la que igualmente efectúa, referida a sociedades colectivas y comanditarias, parece que excluye el encuadramiento en tal Régimen Especial de quienes, con carácter mercantil, realizan actividades de alto gobierno en las sociedades de capital», efectúa la siguiente aseveración:

«Se ha de tener en cuenta, además, que estos altos cargos societarios, cuando son de la indicada naturaleza, no cumplen la condición de trabajadores por cuenta propia, la cual se impone inexcusablemente por las normas rectoras del RETA para la inclusión en su campo de aplicación. Lo hacen por cuenta de la sociedad de capital para la que desarrollan su actividad, pues de ella reciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de resultados. Tan es así que a efectos fiscales no es dudosa la conclusión expuesta, la cual, por otra parte, también es deducible de que el órgano rector supremo de las sociedades de capital tiene plena libertad para acordar la remoción de los administradores sociales, libertad que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal, manifestada en su Sentencia de 30 de diciembre de 1992, ha entendido tan trascendente que, en tanto que atentatoria de aquélla, ha declarado la nulidad de cláusula de "blindaje" pactada por la sociedad anónima con su consejero-delegado».

Además, es preciso recordar la afirmación siguiente de aquella sentencia, refiriéndose a la integración de los administradores sociales en el RETA, «para lograr esto último se ha forzado, sin modificación normativa al respecto, el campo de aplicación del RETA».

---

(12) En este mismo sentido *vid.* MUÑOZ MOLINA, J. «Los miembros de los órganos de administración de las empresas societarias y su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social», *RTSS (MTSS)*, julio-septiembre 1994, pág. 29 y ss., especialmente pág. 55.

A las afirmaciones en la sentencia contenidas ha de añadirse que el cargo de administrador es en principio gratuito y que si se pretende que sea remunerado ha de establecerse expresamente en los Estatutos, con precisión, el tipo de remuneración, sin que las dietas por asistencia a las reuniones del órgano de administración, cuando éste tiene una composición pluripersonal y colegiada, suponga retribución alguna.

Aquella doctrina jurisprudencial se ha visto alterada por las Sentencias de la misma Sala de 29 de enero y 6 de febrero de 1997, y aunque con dudas, en la de 30 de enero de 1997. En la primera de aquéllas se afirma lo siguiente:

«En el supuesto de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia».

Justificando semejante aseveración con el siguiente razonamiento:

«La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50 por 100 de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía del incremento del activo de la empresa en su propio patrimonio».

La doctrina a la que se ha hecho referencia no siempre se ha seguido con claridad por los Tribunales inferiores, los que llegan a fundamentar, con criterios propios no irreprochables, el encuadramiento de los administradores sociales en el RETA. Así, cuando se justifica en «la no constancia, en autos, de que existiesen en la empresa otras personas que realizasen además de las funciones propias del administrador solidario que la actora tenía asignadas (...) las tareas o trabajos necesarios para la iniciación y desarrollo de la actividad señala (... refiriéndose a la de empresa) que, consiguientemente, ha de entenderse se efectuaba o podía realizar la demandante». (STSJ de Madrid de 24-4-1997).

Con un criterio más claro que el de la Sentencia de 29 de enero, la de 6 de febrero de 1997, tras señalar que ni la LGSS (1974) ni el Decreto 2530/1970, «incluye (n) en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil, en las sociedades de capital», señala que la presunción, con valor *iuris tantum* del artículo 2.3 del Decreto citado,

«no es aplicable al caso, dado que el actor no ostenta la titularidad de la empresa, sin que la participación que aquél tiene en el capital de ésta pueda llevar a la conclusión contraria mediante el levantamiento del velo de la persona jurídica, dado que dicha participación, aun cuando importante, no es decisiva para marcar el signo de la voluntad social».

El recurso a la doctrina del levantamiento del velo, se insinúa también en las de 4 de junio de 1996 y 30 de enero de 1997, así como en los Votos Particulares a las de 29 y 30 de enero de 1997 (por más que éstos, en cierta contradicción, aludan al obligado respeto a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles capitalistas). No obstante parece que el recurso a semejante expediente no puede, en ningún caso, considerarse procedente, pues no se dan los requisitos propios de dicha institución. Efectivamente la doctrina del «levantamiento del velo», *disregard of legal entity* o *lifting the veil*, supone algo tan importante como el desconocimiento de la personalidad jurídica, que la Ley atribuye a las sociedades civiles y mercantiles, con especial rotundidad cuando están regularmente constituidas.

La jurisprudencia ha utilizado esta doctrina con extraordinaria prudencia. Sólo cuando se da un real «conflicto entre seguridad y justicia, valores consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3) se ha decidido prudencialmente, y según los casos, por aplicar por vía y acogimiento del principio de buena fe (...), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción legal -de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude» (STS de 8-4-1996).

Carece de sentido pretender la aplicación de aquella doctrina para incluir a los administradores de sociedades en el sistema de la Seguridad Social (los supuestos de confusión de patrimonios o esferas, de insuficiencia de capital, de dirección externa y de abuso de la personalidad jurídica, son los más típicos que justifican la aplicación de aquella doctrina).

La doctrina del levantamiento del velo se sitúa en un plano diferente. No viene al caso su aplicación pues su fundamentación se encuentra en evitar la causación de un daño, cuando se procura mediando fraude de ley o abuso de derecho, y además constituye el único remedio posible (13).

---

(13) Vid. TAPIA HERMIDA, A, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas (dirig. por F. Sánchez Calero), T. I, *cit.*, especialmente comentario al artículo 7.