

REGIMEN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS SOCIOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

por

Miguel Angel Sánchez Domínguez
(Controlador Laboral)

Javier Serra Callejo
(Abogado)

2.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1991.
Modalidad: *Trabajo y Seguridad Social*.

Sumario:

I. PLANTEAMIENTO

II. PRECISIONES PREVIAS

1. Primera aproximación.
2. Segundo nivel de profundidad.
 - 2.1. Alto directivo-trabajador ordinario.
 - 2.2. Administrador-trabajador por cuenta ajena (ordinario o especial).

III. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. Introducción.
2. Opinión de la doctrina.
3. Jurisprudencia laboral.

4. Jurisprudencia contencioso-administrativa.
5. Opinión de la Administración.
6. Criterio ecléctico.

IV. ASPECTOS PROCESALES

1. Contradicción entre las jurisprudencias del orden social y del orden contencioso-administrativo.
2. Contradicción entre Sentencias.

V. BIBLIOGRAFIA

Abreviaturas utilizadas

<i>CC</i>	Código Civil
<i>C. de c.</i>	Código de comercio
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>DGRJSS</i>	Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.
<i>DGRN</i>	Dirección General de los Registros y del Notariado.
<i>ET</i>	Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/80, de 10 de marzo).
<i>FGS</i>	Fondo de Garantía Salarial.
<i>INEM</i>	Instituto Nacional de Empleo.
<i>LGSS</i>	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo).
<i>LCTr</i>	Ley del Contrato de Trabajo (Decreto de 26 de enero de 1944).
<i>LMV</i>	Ley del Mercado de Valores (Ley 24/88, de 24 de julio).
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial.
<i>LPL</i>	Ley de Procedimiento Laboral.
<i>LSRL</i>	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
<i>MTSS</i>	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
<i>OM</i>	Orden Ministerial.
<i>RD</i>	Real Decreto.
<i>RDGRN</i>	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
<i>RETA</i>	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
<i>RGSS</i>	Régimen General de la Seguridad Social.
<i>RRM</i>	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1597/89, de 29 de diciembre).

<i>SA</i>	Sociedad Anónima.
<i>SRL</i>	Sociedad de Responsabilidad Limitada (Ley de 17 de julio de 1953).
<i>SMAC</i>	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<i>STCTr</i>	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
<i>TGSS</i>	Tesorería General de la Seguridad Social.
<i>TRLSA</i>	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RD Legislativo 1564/89, de 22 de diciembre).
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional.
<i>TS</i>	Tribunal Supremo.
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de este trabajo es analizar, desde un punto de vista jurídico-material y jurídico-procesal, el siguiente dilema: Los socios personas físicas que prestan sus servicios en una Compañía de base capitalista (SA o SRL), ¿son trabajadores por cuenta ajena que deben ser afiliados y dados de alta en el RGSS (o en otro de los Regímenes relativos a trabajadores dependientes) o, por el contrario, deben ser reputados como trabajadores por cuenta propia y cotizar, por ende, en el RETA?

El problema tiene una considerable relevancia práctica, como prueba el alto número de litigios que ha originado. Pero su atractivo reside sobre todo en su interés teórico, ya que se trata de la típica materia «fronteriza», cuyo estudio exige combinar nociones procedentes de distintas disciplinas jurídicas:

- a) Desde una óptica sustantiva, se hace preciso manejar conceptos del Derecho Laboral y de Seguridad Social, de un lado, y del Derecho Civil y Mercantil, de otro. En razón de ello, ocurre a veces que los especialistas del ámbito societario olvidan las implicaciones laborales de sus sugerencias -lo cual lleva a empresas y particulares a incurrir en infracciones legales-, mientras que las autoridades laborales y los Tribunales sociales o contencioso-administrativos desconocen en ocasiones la realidad mercantil con la que se enfrentan -lo que conduce a soluciones discutibles-. En el epígrafe III intentamos superar esas perspectivas fragmentarias, ofreciendo una visión totalizadora del problema.

b) En el plano formal, sucede que la complejidad del supuesto motiva la intervención de múltiples órganos (TGSS, órganos centrales o periféricos del MTSS, INEM, orden jurisdiccional social y orden contencioso-administrativo) que lo analizan desde diversos puntos de vista, siendo así que ello puede originar disparidades de criterio y contradicciones (1) que resultan sangrantes para el administrado o justiciable, si no lesivas de sus derechos fundamentales. En el epígrafe IV abordamos estas cuestiones y apuntamos algunos criterios de solución de las mismas.

Ahora bien, como paso previo al inicio de estas tareas, conviene analizar el contexto del problema, esto es, exponer el régimen laboral y de Seguridad Social de quienes prestan servicios remunerados en las sociedades mercantiles, haciendo abstracción de si el sujeto en cuestión ostenta o no una participación social. Tales precisiones previas -que son el objeto del epígrafe II- nos permitirán despejar ciertas incógnitas colaterales, comprender el significado y alcance del dilema que nos ocupa y sentar las claves para la resolución del mismo.

En todo momento, centraremos nuestra atención sobre las «sociedades de capital» (SA y SRL) -sin perjuicio de tomar como punto de referencia las soluciones que el ordenamiento ofrece para las sociedades personalistas- y haremos múltiples menciones de la reciente Circular 2-020 de 28-6-90 de la TGSS, que contiene una interesante doctrina.

II. PRECISIONES PREVIAS

1. Primera aproximación.

En una primera aproximación al tema antes apuntado, cabe diferenciar los siguientes regímenes jurídicos:

A) Derecho Laboral.

a) En principio, no merecen la calificación de trabajadores por cuenta ajena quienes ostentan la condición de simple «consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad» [art. 1. 3 c) del ET].

(1) Los problemas que analizaremos no son de «conflicto», sino de «contradicción». Como explica V.C. Martín de Hijas. op. cit., pág. 140, para el conflicto «el ordenamiento tiene previstos cauces de solución (...). El problema que nos preocupa (...) es el de la actuación de cada orden jurisdiccional dentro de su propio cauce, y por tanto, con absoluta corrección, pero que al abordar una determinada materia, llegan a soluciones contradictorias». (Las referencias bibliográficas se incluyen al final del trabajo).

El vínculo que liga a tales sujetos con la empresa en la que desempeñan su cargo es estrictamente mercantil y se rige -única y exclusivamente- por la ley reguladora del tipo de sociedad de que se trate (TRLSA o LSRL).

b) Son trabajadores por cuenta ajena los demás sujetos que prestan voluntariamente sus servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1. 1 del ET).

Dentro de este apartado cabe diferenciar varios subgrupos, que reciben un tratamiento jurídico diverso:

- Ostenta una relación laboral especial el «personal de alta dirección» [art. 2. 1 a) del ET], esto es, aquel que ejercita «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (art. 1 RD 1382/1985, de 1 de agosto) (2).

Semejante relación se rige: en primer lugar, por las normas imperativas del RD 1382/1985 y demás que sean de aplicación y por aquellas disposiciones del ET a las que remite expresamente el RD; en segundo lugar, por la voluntad de las partes; en tercer lugar, por las normas dispositivas del RD, y en último término, por la legislación civil y mercantil (art. 3 RD 1382/1985) (3). En particular, nos interesa poner de relieve que la conceptualización de los altos directivos como trabajadores dependientes implica la extensión a los mismos de la cobertura de desempleo (4).

- Están sujetos a la legislación laboral común (ET) los demás directivos, cuyas actividades no encajan en la definición del apartado anterior (los «mandos superiores o intermedios») (5).
- Se rigen también por la legislación laboral común (o por la especial que corresponda por razón del tipo de trabajo desarrollado) el resto de personas que prestan sus servicios bajo las condiciones que enuncia el artículo 1. 1 del ET.

(2) Sobre el paralelismo entre esta definición y la de «alter ego» del empresario que aporta la tradición jurisprudencial italiana, v. P. Tosi, «Reflexiones sobre ...», pág. 1.159.

(3) V. al respecto, por todos, M. Rodríguez-Piñero, «Contrato de trabajo...», pág. 147.

(4) En este sentido, R. Pradas Montilla, op. cit., pág. 114.

(5) Sobre la delimitación entre la figura del alto cargo y la del directivo sujeto al ET, cfr. J. Muñoz Campos, op. cit., pág. 131 y -en el Derecho italiano- A.R. Tinti, op. cit., pág. 1.126.

B) Derecho de la Seguridad Social.

– Los trabajadores ordinarios habrán de ser afiliados y dados de alta en el RGSS [o en los demás Regímenes Especiales propios de trabajadores por cuenta ajena que sean aplicables por razón de la clase de actividad de que se trate (6)] y cotizarán en el grupo que corresponda en función de sus respectivas categorías.

– A tenor del artículo 61. 2 a) de la LGSS, estarán obligatoriamente incluidos en el RGSS «los que trabajen por cuenta ajena en los cargos directivos de las Empresas excluidos de la LCTr».

La referencia a la LCTr que contiene dicho precepto ha devenido obsoleta y debe entenderse sustituida por la remisión al ET y al RD 1382/85: La norma incluye en el RGSS al «personal de alta dirección» que ostenta una relación, no ya extralaboral (como sucedió bajo la vigencia de la LCTr), sino laboral especial (7).

Por mandato del artículo 36. 2 de la OM de 28-12-66, tales sujetos habrán de cotizar necesariamente en el grupo primero (8).

– De conformidad con el inciso final del artículo 61. 2 a) de la LGSS, «no estarán comprendidos en esta asimilación (esto es, no son reputados como trabajadores por cuenta ajena a efectos de la LGSS) quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros en las Empresas que adopten la forma jurídica de sociedad».

Esta frase plantea dos problemas de interpretación:

- (i) El primero se refiere al supuesto de hecho de la norma (¿a qué personas alude?), y
- (ii) El segundo a su consecuencia jurídica (¿qué posición ocupan esos sujetos ante el Sistema de la Seguridad Social?).

(6) A partir de ahora, para simplificar la exposición, omitiremos la referencia a los Regímenes relativos a trabajadores dependientes distintos del RGSS.

(7) La LCTr, recogiendo la tradición anterior, excluía de su ámbito de aplicación al personal de «alta dirección, alto gobierno o alto consejo». La LRL de 1976 y el ET modificaron esa calificación (atrayendo al personal de alta dirección al campo laboral), aunque la jurisprudencia sólo ha aplicado dicho cambio normativo a partir de la entrada en vigor del RD 1382/85, cfr., a este respecto, F. Durán López, op. cit., págs. 827 y 828.

(8) En relación con otros aspectos puntuales del régimen de cotización a la Seguridad Social de los altos cargos, cfr. T. Sala Franco, op. cit., págs. 97 a 100.

- (i) A nuestro juicio, debe interpretarse el artículo 61. 2 a) de la LGSS en el sentido de que el mismo reputa excluidos del RGSS a los «miembros de los órganos de administración de las personas jurídicas».

Una cierta jurisprudencia del orden contencioso-administrativo ha realizado una lectura literal de aquel precepto para concluir que el mismo se refiere sólo a los consejeros strictu sensu, de suerte que el resto de administradores [esto es, todos aquellos que no forman parte de un órgano colegiado: Administradores únicos, mancomunados o solidarios (9)] serían considerados como trabajadores por cuenta ajena a efectos de la LGSS y habrían de adscribirse al RGSS, con independencia de las funciones que desarrollaran en la práctica.

En este sentido parecen pronunciarse las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 27-3-89, 31-5-89, 26-4-90 y la reciente Sentencia de 28-12-90, la cual, atendiendo al mero dato de que un sujeto ostentaba el cargo de administrador único de una SA, concluye que sus facultades exceden «de las de simple consejero», y que, por ende, se trataba de un «alto directivo» cuya inclusión en el RGSS era preceptiva.

No nos parece acertada dicha jurisprudencia: El TRLSA y la LSRL regulan de modo básicamente uniforme el régimen jurídico de las diversas clases de administradores; las diferencias entre uno u otro sistema de configuración del órgano de administración se circunscriben a la forma de adoptar decisiones o acuerdos, mas el status jurídico de todos los administradores (el conjunto de sus facultades y obligaciones y el modo de acceder a su cargo y ser separados del mismo) es semejante. Por eso, el ET -al precisar los sujetos que no merecen la calificación de trabajadores por cuenta ajena- se atiene al concepto genérico de «miembro del órgano de administración» y no sólo al particular de «consejero». Ciertamente, los ámbitos respectivos del Derecho del Trabajo y del RGSS no son necesariamente coincidentes (como dice la STS de la Sala de lo Social de 27-3-89, «el hecho de estar fuera del ET no produce automática y correlativamente la exclusión del RGSS»); no existe razón dogmática alguna que impida al legislador futuro ordenar la afiliación de los administradores de las personas jurídicas al RGSS. Ahora bien, en la medida en que nuestro Derecho Positivo, hoy por hoy, excluye a los «consejeros» de dicho Régimen y en la medida en que tal figura es sustancialmente idéntica a la de los «administradores no consejeros», no se comprende por qué los segundos han de ser objeto de un trato desigual respecto de los primeros con base en una interpretación formalista de la letra de la ley y sin ningún apoyo teleológico; antes bien, la nota particular que singulariza a los

(9) Sobre las posibles estructuras del órgano de administración de la SA, cfr. art. 124. 1 del RRM (el art. 11 de la LSRL -redacción dada por la Ley 19/89, de 25 de julio- remite, en lo que concierne a los administradores sociales de la SRL, a las normas dictadas para la SA).

administradores no integrados en Consejo (cual es la facultad de adoptar decisiones de forma unilateral o mancomunada, sin someterse a un criterio mayoritario) denota una situación de cierta autonomía e independencia, que -de tenerse en cuenta- ha de jugar más bien para confirmar la exclusión de tales sujetos del RGSS (10).

- (ii) La anterior exclusión lo es del RGSS, mas no necesariamente del campo de aplicación de la Seguridad Social (11). Así lo ha entendido la Circular número 2-020 de la TGSS al sentar (en su punto 5) el siguiente criterio:

«En los supuestos en que los socios desempeñen única y exclusivamente actividades del órgano de administración, si bien no procede su inclusión en algunos de los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena, sí procedería su inclusión en el RETA en los supuestos en que acreditase el desarrollo de tales funciones, de forma habitual y a título lucrativo, es decir, como actividad profesional permanente».

(10) Cuestión distinta es que la práctica demuestre que el administrador único, mancomunado o solidario tienda a realizar (sobre todo en empresas de pequeña dimensión) cometidos que cabe tildar de laborales (cfr., en este sentido, las SSTs de lo Contencioso-Administrativo de 7-5-88 y 8-3-90). Tal circunstancia - que es objeto de análisis en el siguiente apartado- sin duda puede provocar la calificación de dichas personas como trabajadores y su inclusión en el RGSS, mas este problema no es privativo de la figura de los administradores no consejeros (puede afectar también a los integrantes de un Consejo de Administración) ni tampoco inherente a ella (en la práctica se ven administradores únicos que permanecen totalmente alejados de la gestión social y cuya función se limita de hecho a la certificación de los acuerdos sociales y la presentación de las cuentas anuales).

Las Sentencias antes citadas que mantienen la tesis de la interpretación literal del artículo 61. 2 a) de la LGSS, lo hacen *obiter dicta*, pero la auténtica *ratio decidendi* de sus fallos no era el dato de que el administrador cuya afiliación al RGSS se ordena no era consejero, sino el hecho de que aquél «participaba activamente en la gestión social», en calidad de alto directivo. En cambio, cuando el TS se ha enfrentado a una hipótesis en la que un administrador único permanece alejado del quehacer directivo, ha rechazado que proceda su afiliación al RGSS. Tal sucedió en el supuesto que analizó la STS de 19-6-90: La Inspección de Trabajo había levantado actas de infracción y de liquidación de cuotas frente a la sociedad B, en razón de la falta de afiliación y de cotización al RGSS de D.^a Carmen S., administradora única de la Compañía; la Administración apoyaba su postura en el hecho de que «la empresa B no tenía trabajador alguno, por lo que alguien debía desempeñar las indispensables tareas de gestión de la sociedad»; frente a ello, el TS confirmó la nulidad de las actas levantadas, tras destacar que D.^a Carmen S. era una señora de 84 años de edad que, como era obvio, no participaba de ninguna forma en la gestión o en las tareas propias del objeto social, funciones que eran desarrolladas por dos profesionales independientes contratados por la empresa.

- (11) En este sentido debe matizarse la afirmación de J. Sánchez Fierro, *op. cit.*, pág. 215.

La tesis nos parece básicamente acertada: La actividad inherente al cargo de administrador conlleva, sin lugar a dudas, la prestación de unos servicios; por mandato del ET y de la LGSS, tales cometidos deben reputarse como extralaborales y ajenos al RGSS, mas nada impide la calificación del administrador como trabajador por cuenta propia cuando están presentes los rasgos que definen a esta figura, conforme al artículo 2 del Decreto 2350/70. Tales notas son dos:

- (i) Los servicios prestados deben ser retribuidos (porque así lo dispongan los Estatutos sociales).
- (ii) Deben desempeñarse de forma habitual, personal y directa (esto es, con un grado de dedicación que denote «profesionalidad»).

No obstante, pensamos que el alcance de la anterior afirmación debe matizarse en un doble sentido:

- *Uno extensivo*: El objeto de la citada Circular es la determinación del Régimen de Seguridad Social en el que deben considerarse incluidos «los socios que prestan servicios en los distintos tipos de sociedades». Por eso, sus conclusiones, en este caso, se predicen del «socio-administrador». No obstante, es claro que la mencionada doctrina es aplicable a todo componente de un órgano de administración, concurra o no en él la cualidad de partícipe social. Precisamente, las razones que justifican la inclusión en el RETA se dan de forma más frecuente en aquellos administradores que no vigilan una inversión propia (no son titulares de una porción del capital social), sino que son designados por los socios (los inversores) en consideración a sus conocimientos técnicos o su habilidad como gestores.

- *Otro restrictivo*: So pena de entender que todo administrador es trabajador autónomo -conclusión que sería insostenible-, debe circunscribirse el juego de esta teoría a supuestos extremos. La procedencia de la inclusión en el RETA será tanto más obvia en cuanto estén presentes determinados factores [p. ej.: Si el sujeto percibe una retribución significativa (parece que unas simples dietas por asistencia a las reuniones del órgano de administración, que se limitan a compensar los gastos inherentes al cargo, no permiten hablar de «título lucrativo»), si ejerce su actividad en múltiples sociedades (lo cual es indicativo de una mayor «profesionalidad»), si es un no socio que ha sido nombrado en razón de sus cualidades profesionales, etc.]; en cambio, en la medida en que no concurren dichos factores, la balanza debe inclinarse hacia la exclusión del Sistema de la Seguridad Social (12).

(12) De la teoría que se va a exponer infra epígrafe II, punto 2, derivará otra matización restrictiva: Las funciones que, realizadas a cambio de una retribución y con profesionalidad, justifican la inclusión en el RETA son las tareas mínimas e indelegables que la legislación societaria reserva a los administradores sociales; por el contrario, cuando el administrador realiza tareas relativas a la gestión diaria de la empresa, obrará como alto directivo y procederá a su adscripción al RGSS.

2. Segundo nivel de profundidad.

Descendiendo a un segundo nivel de profundidad, procede dilucidar si los anteriores regímenes jurídicos pueden yuxtaponerse entre sí. Dos son las cuestiones básicas a resolver en este sentido:

2.1. Alto directivo-trabajador ordinario.

¿Son acumulables las condiciones de alto directivo y trabajador ordinario?

El artículo 9 del RD 1382/85 resuelve el problema de la sucesión de relaciones: Cuando un trabajador ordinario promociona el ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa u otra a ella vinculada, deberá formalizarse un contrato especial de alta dirección, en el cual se especificará si la nueva relación sustituye a la anterior (sustitución que sólo surtiría efectos dos años después de pactada), o si la relación ordinaria simplemente se suspende (en cuyo caso, si se extingue el contrato especial por causa distinta del despido disciplinario procedente, el trabajador tendrá derecho a reanudar su contrato de origen); si el contrato nada especifica al respecto, se entenderá que la relación común queda suspendida (13).

El RD 1382/85 no especifica, sin embargo, qué sucede cuando el alto directivo realiza simultáneamente funciones propias de una relación laboral ordinaria, que compatibiliza (por permitírsele sus condiciones de jornada) con las tareas directivas. La jurisprudencia ha mantenido al respecto posturas encontradas (14) y a la doctrina le repugna admitir la dualidad de relaciones, pues advierte que el directivo podría, abusando de su poderes, «autocontratarse» como trabajador ordinario. No obstante, en nuestra opinión, la hipótesis de la simultaneidad de contratos es admisible cuando se cumplen ciertas condiciones excepcionales, que exponemos en el apartado siguiente al hilo del análisis del supuesto -más común- del administrador-trabajador (15).

2.2. Administrador-trabajador por cuenta ajena (ordinario o especial).

¿Puede el miembro del órgano de administración de una persona jurídica aparecer ligado a ella, adicionalmente, por una relación de trabajo, ya sea de alta dirección o incluso ordinaria (que determinaría la obligación de solicitar el alta en el RGSS)?

(13) En torno a la aplicación de este sistema, cfr. las SSTs (Sala de lo Social) de 2-3-84, 17-4-84, 28-9-84 y 6-2-85.

(14) V. E. Borrajo Dacruz, «La nueva regulación de ...», pág. 26.

(15) Como señala J. Muñoz Campos, *op. cit.*, pág. 136, la «coexistencia entre consejero-trabajador es mucho más posible que la de alto directivo-trabajador», pues normalmente «los quehaceres de alto directivo le han de absorber la jornada completa». Cfr., al respecto, SSTs (Sala de lo Social) de 23-4-84 y 19-6-84.

A fin de resolver esta duda, el intérprete debe preguntarse cuál es el fundamento lógico, la *ratio legis* de la norma que expulsa al «administrador» del ámbito de aplicación del ET y del RGSS.

Una primera construcción se apoya en la definición mercantil del administrador como órgano de la sociedad: aquél es la «voz» de la persona jurídica -la cual, como ente artificial, no puede expresarse por sí misma y debe recurrir al auxilio de personas físicas-, y sería contrario a la naturaleza de las cosas que un mero «órgano vocal» mantuviera una relación, eventualmente de conflicto, con el «cuerpo» al que pertenece. En suma, esta tesis identifica al administrador con el empresario y concluye que entre ambos no existe dualidad de partes (16).

Ello llevaría, lógicamente, a excluir al miembro del órgano de administración del ámbito laboral de forma radical e inexorable.

A nuestro juicio, semejante tesis descansa sobre una comprensión errónea del concepto de órgano social, cuyo origen es el siguiente: La doctrina mercantilista advirtió que no era procedente la aplicación a los administradores de sociedades del régimen del mandato (fórmula que había acogido nuestro C. de c.), porque el apoderamiento del administrador presenta importantes notas diferenciales: Tal sujeto no representa el interés particular de los socios que promovieron su elección, sino el general de la persona jurídica (el interés social); por eso, las modernas leyes de sociedades (LSA y LSRL) recurren, para definir esta figura, a la imagen del órgano, que expresa gráficamente aquella idea. Mas tal construcción es sólo un símil, que no puede interpretarse literalmente para extraer de él consecuencias imprevisibles: El administrador es, si se quiere, un mandatario de intereses colectivos, pero mandatario al fin y al cabo (utilizando la analogía con el Derecho Constitucional, puede decirse que pesa sobre él un mandato no imperativo, sino representativo); no «es» la sociedad sino una persona distinta, que gestiona el interés de la Compañía, pero que puede también ostentar frente a ella otras relaciones mercantiles o incluso laborales en las que aparecerá como portador de un interés particular (17).

(16) Esta es la idea que parece latir en la STS (Sala de lo Social) de 29-9-88, a cuyo tenor «la relación del consejero, como miembro de uno de los órganos de la sociedad, con ésta, es de carácter interno. No concurre ninguna de las características de la relación laboral, tal como la define el artículo 1. 1 del ET, ni siquiera la dualidad de partes en el sentido que la contempla este precepto, sino la propia y específica de la existente entre las personas jurídicas y las individualidades integrantes de sus órganos, mediante las cuales, necesariamente, han de realizar el cumplimiento de sus fines, objeto de atención por el Derecho Mercantil y que no es lugar éste de examinar». En la misma línea, anteriormente, SSTCTr de 30-4-77 y 6-10-83.

(17) En el mismo sentido, criticando «las valoraciones antropomorfistas» que conducen a una «automática identificación órgano-empresario», cfr. M. F. Fernández y M. Rodríguez-Piñero, *op. cit.*, págs. 174 y ss.

Nuestro Derecho corrobora esta conclusión de modo terminante: El artículo 1. 3 c) del ET no excluye del ámbito laboral a los administradores conforme a un criterio subjetivo, sino que maneja parámetros objetivos: La exclusión no se predica del sujeto, sino de aquella «actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo» societario, siempre que la misma «sólo comporte la realización inherente a tal cargo». De igual modo, el artículo 61. 2 a) de la LGSS expulsa del campo de aplicación del RGSS a quienes ostenten «pura y simplemente» el cargo de consejeros (léase administradores).

Interpretando a *sensu contrario* los citados preceptos, cabe concluir que si el administrador realiza tareas extravagantes a su puesto, asumirá un doble vínculo con la empresa: uno sometido al Derecho Civil o Mercantil y otro regido por el Derecho Laboral especial u ordinario, siendo ambas relaciones compatibles y acumulables. La idea tiene importantes repercusiones prácticas: Por ejemplo, la remoción del cargo social no obsta a la vigencia del contrato laboral, cuya extinción sólo podrá ser acordada en los supuestos y con las consecuencias que establecen el ET o el RD 1382/85, según proceda.

Esta es la opinión más extendida en la doctrina y es también el criterio que parece haber triunfado en el seno de la jurisprudencia (18), tanto social (19) como contencioso-administrativa (20), si bien el orden jurisdiccional laboral muestra a veces -como veremos infra- ciertas vacilaciones en su doctrina.

Ahora bien, la tesis que exige la concurrencia de unas «funciones adicionales, distintas de las inherentes al cargo de administrador», como requisito para afirmar que coexiste un contrato laboral junto al puesto societario, debe ser matizada y completada en un doble sentido:

- (i) Tales funciones no han de ser necesariamente «adicionales».
- (ii) Tales funciones -sean o no adicionales- deben ser «laborales»: Deben reunir todas y cada una de las notas a que alude el artículo 1. 1 del ET, al definir a los trabajadores por cuenta ajena.

Expliquemos estas dos advertencias:

(18) Este es también el parecer de M. Sánchez García, *op. cit.*, págs. 17 y 18.

(19) En el ámbito social, cabe citar, dentro de la jurisprudencia reciente, las siguientes Sentencias: STS de 28-9-87, STS de 22-2-88, STS de 24-10-88, STSJ de Cantabria de 8-1-90, STS de 25-10-90 y STS de 15-11-90.

(20) Se pronuncian a favor de la inclusión en el RGSS de los administradores que «participan activamente en la gestión social» los fallos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de: 7-5-88, 27-3-89, 31-5-89, 25-10-89, 7-2-90, 8-3-90, 26-4-90, 4-6-90 y 25-10-90.

(i) Hay que señalar que la distinción entre el simple administrador y aquel que desempeña labores propias del personal de alta dirección no puede basarse en los contenidos respectivos que las normas (Leyes societarias con el complemento de los Estatutos sociales, de un lado, y ET y RD 1382/85, de otro) atribuyen a una y otra figura (21), ya que ambas regulaciones dibujan un espacio de actividad en parte coincidente: Como muy certeramente ha destacado la STS (Sala de lo Social) de 21-1-91, «la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa, y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza» (22).

Ante esta realidad, cabe adoptar dos posturas diferentes: La que se trasluce en ciertas Sentencias de la jurisdicción social (criticable, desde nuestro punto de vista) y la que parece predominar en la jurisprudencia contencioso-administrativa (más acertada).

- Ya la Sentencia de la Sala de lo Social del TS (de 29-9-88) había afirmado que «el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza. O dicho de otra manera, para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada (alta dirección) no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como las define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona, y no un consejero en el desempeño de su cargo».

Aparentemente, esta Sentencia constituía una resolución «regresiva» aislada, que no habría tenido continuidad en fallos ulteriores. Así lo entendió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en el proceso que dio lugar a la Sentencia de 4-6-90: En esa ocasión, el recurrente invocó en apoyo de su postura la STS de 29-9-88 y el Tribunal

(21) En contra, E. Borrajo Dacruz, «Altos cargos laborales...», págs. 89 y ss.

(22) Según expone la doctrina mercantilista, los miembros de los órganos de administración de las Compañías comerciales tienen atribuida la facultad de gobernar, dirigir y administrar la sociedad en todo aquello que concierne a su objeto social.

En el ámbito externo («representación» de la sociedad frente a terceros), el poder de los administradores tiene carácter coactivo, esto es, no puede verse mermado por decisión de la Junta general. El 9 h) del TRLSA admite que los Estatutos sociales contemplan la existencia de administradores sin poder de representación, mas esta posibilidad (aparte de estar muy restringida por el artículo 124. 2 del RRM) está teniendo escaso eco en la práctica mercantil.

En el ámbito de la «gestión» interna de la Compañía, sí puede suceder que los Estatutos o decisiones especiales de la Junta sometan la actuación de los administradores a ciertos límites, cuyo incumplimiento no daría lugar a la ineficacia de los negocios celebrados con terceros, pero sí a la responsabilidad de los gestores; ahora bien, en ausencia de tales limitaciones (que no son habituales) hay que entender que los administradores gozan de libertad para actuar como «gerentes» de la sociedad, en todos los aspectos relativos al giro social.

rechazó tal alegación, al estimar que la doctrina derivada de dicha resolución había sido abandonada por otras muchas posteriores.

No es ésta, empero, la opinión de la Administración. La Circular número 2-020 de la TGSS, tras analizar detenidamente el tenor de la Sentencia de 29-9-88, ha dado por válido su contenido -sin abjurar por ello de la jurisprudencia antes citada- y ha formulado la siguiente directriz [punto 6 b) de la Circular]:

«En los supuestos en que el socio desempeña la actividad de órgano de administración conjuntamente con otras actividades retribuidas dentro de la sociedad, cabe distinguir:

a) Si dicha actividad concurrente es la propia de una relación laboral ordinaria, normalmente será la habitual y predominante (...), siendo procedente, lógicamente, la inclusión en el correspondiente (Régimen) de trabajadores por cuenta ajena.

b) Si la actividad concurrente es la propia de una relación laboral especial de alta dirección, la inclusión del socio en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena dependerá de que las funciones que desempeñe por ambas actividades sean, además de diferentes, prestadas en virtud de título distinto».

Por fin, la STS (también de lo Social) de 21-1-90 ha retomado la doctrina apuntada por la Sentencia de 29-9-88, para afirmar lo siguiente:

«(...) ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un Consejo de Administración, la actividad de los administradores, en cuanto órganos sociales, queda excluida de la legislación social. Esta conclusión se confirma a la vista del artículo 77 de la citada ley (LSA de 1951), que regula la delegación de funciones del Consejo de Administración distinguiendo tres supuestos: Delegación en uno o más consejeros-delegados, delegación en una Comisión Ejecutiva o delegación en cualquier persona a través de apoderamientos. Como precisa la Sentencia de 29-9-88 ya citada, en los dos primeros casos los consejeros, en Comisión o delegados, continúan realizando las funciones propias del órgano de administración al que pertenecen y opera, por tanto, la exclusión. Por el contrario, en el tercer supuesto, y en la medida en que la delegación se realice en persona ajena al Consejo (23), habría que apreciar, de concurrir los restantes requisitos, la existencia de una relación laboral de alta dirección. 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

(23) En la misma línea se ubica la STS de la misma Sala de 25-7-89, si bien esta última admite al menos que los apoderamientos voluntarios conferidos al consejero pueden tornar su relación en laboral.

no altera el dato fundamental consistente en que 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 a efectos de exclusión».

Esta Sentencia parte de un planteamiento correcto (las funciones del alto directivo y de los administradores no supeditados a un colegio son iguales), mas sus conclusiones son censurables: Conforme a semejante doctrina, si una sociedad desea eludir la aplicación de la normativa del RD 1382/85 y del RGSS respecto de su Director-gerente, le bastará recurrir al sencillo expediente de elegir a dicho Director administrador de la Compañía (único, mancomunado, solidario o consejero-delegado) (24). De esta forma la operatividad de normas de Derecho necesario (dotadas, además, de una fuerte carga tuitiva, como son las laborales) se hace depender de una operación que el empresario puede realizar de forma plenamente discrecional.

- En nuestra opinión, el dato -incontestable- de que las funciones del administrador y del alto directivo son nominalmente idénticas, no debe llevar a negar la posibilidad de que ambas condiciones concurren en una misma persona, sino a reconocer que el tenor del ET, del RD 1382/85 y de la LGSS no es lo suficientemente preciso: La actividad inherente al cargo de administrador, cuando implica una dedicación habitual en tareas directivas, relativas a la gestión diaria de la empresa, *sí* puede justificar la inclusión de quien desempeña tal cargo en el ámbito laboral (y en el RGSS).

Este es el razonamiento que subyace en la jurisprudencia contencioso-administrativa, razonamiento que cabe exponer (en una «traducción libre») en los siguientes términos:

Ciertamente, un simple miembro de un Consejo de Administración no realiza una labor de «dirección» de la Compañía, ya que no adopta las decisiones al respecto (en las grandes sociedades los Consejos suelen limitarse a efectuar una alta supervisión, sin mezclarse el quehacer cotidiano de la Compañía, y, en todo caso, las decisiones las toma el órgano colectivo como tal: El consejero se limita a contribuir a la formación de la voluntad colegiada) y tampoco las ejecuta necesariamente (a estos efectos, el Consejo puede servirse de apoderados -generales o particulares- que no tienen que reunir la condición de administradores). En virtud de ello, en estos casos, la expresión legal puede reputarse exacta: Si un consejero se limita a desempeñar «los cometidos inherentes a su cargo», no merecerá la calificación de alto directivo; sólo si adquiere la facultad de obrar individualmente porque es designado para el cargo de consejero-delegado o porque se le confiere un apoderamiento voluntario con amplio contenido

(24) De nuevo, en esta línea, M. F. Fernández y M. Rodríguez-Piñero, *op. cit.*, pág. 174 y en contra, E. Borrajo Dacruz, *op. cit.*, pág. 88.

(esto es, asume funciones «distintas» de las que le corresponden *ex lege*), podrá eventualmente merecer el título de alto cargo (25).

El planteamiento de la cuestión cambia, no obstante, cuando el sistema de administración de la sociedad *no* es el de un órgano colegiado: Si un administrador único, mancomunado o solidario ejercita de forma efectiva todas y cada una de las funciones que tiene atribuidas legalmente, incluso las relativas a la gestión más inmediata y ejecutiva de la Compañía, obrará como alto directivo, aun sin realizar actividades que rebasen «los cometidos inherentes a su cargo» de administrador.

Ahora bien, lo anterior tampoco significa que la mera designación para ocupar los puestos de consejero-delegado o administrador no consejero implique automáticamente la adquisición de una relación laboral de alto cargo. Para que se produzca este resultado, será preciso que el sujeto ejerza de facto todos los poderes inherentes a su posición: La práctica mercantil demuestra que en ocasiones son otras personas (v. gr.: un Director General) quienes, merced a apoderamientos voluntarios, ejercen de hecho las facultades del representante legal, cuya función se reduce entonces a realizar una alta supervisión y a cumplir una lista tasada de funciones que la legislación societaria le reserva con carácter exclusivo. En este sentido se manifiestan las siguientes SSTs (Sala de lo Contencioso), en materia de integración en el RGSS:

– STS de 27-10-88:

Se considera procedente la inclusión en el RGSS de un consejero-delegado, aunque se advierte que el nombramiento para tal cargo «no sería en sí mismo determinante» de dicha solución.

– STS de 25-10-89:

Alcanza la misma conclusión que la anterior, pero advierte que la solución habría sido distinta si se hubiese aportado la prueba de que eran otras personas (un gerente) quienes se encargaban de ejercer las facultades que nominalmente ostenta el consejero-delegado (26).

(25) Como dicen M. F. Fernández y M. Rodríguez-Piñero, *op. cit.*, pág. 176, cuando el consejero realiza fuera del órgano al que pertenece «una intervención directa en la administración social ... , será porque se han desplazado funciones del órgano colegiado hacia otras personas que, por eso mismo, ya no desarrollan funciones de puros y simples consejeros, sino algo más intenso y ajeno a las reglas que presiden el colegio».

(26) En la misma línea, en relación con un administrador único, la Sentencia de 19-6-90, citada en la Nota número 9. Por el contrario, la STS de la misma Sala de 25-1-90 estima que no procede la integración en el RGSS de un consejero-delegado que «limite su actividad a la propia de tal cargo con arreglo al Derecho Mercantil». Mas, a nuestro entender, esta resolución supone un retroceso verbal y no material, pues sucede que en el caso enjuiciado el consejero-delegado se ceñía a desarrollar las funciones *mínimas* de su cargo.

La Circular número 2-020 de la TGSS, paradójicamente, contiene también afirmaciones que corroboran nuestras conclusiones. Así el punto 4 de la Circular, tras señalar que «cuando el socio desempeña única y exclusivamente la actividad propia del órgano de administración, es criterio uniforme el no considerar laboral la relación existente entre la sociedad y él», advierte que «algunos pronunciamientos del TS resaltan la dificultad de deslindar las funciones puramente sociales de las de gerencia o directivas, en las empresas o sociedades de pequeña dimensión, funciones estas últimas que, normalmente, por su carácter predominante y habitual, determinarán la inclusión en la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena de los sujetos que las realicen».

Estas afirmaciones sí nos parecen sustancialmente correctas, pero deben ser apuntilladas en un triple sentido:

1. De nuevo la Circular formula sus tesis en relación con el trinomio administrador-trabajador-socio, siendo así que el problema que plantea surge también en la hipótesis, más simple, del administrador-trabajador;
2. Los supuestos en que resulta «difícil deslindar las funciones puramente sociales de las de gerencia o directivas» no son sólo los de las pequeñas sociedades, sino todos aquellos en que el órgano de administración es un órgano no colegiado y el administrador desempeña efectivamente todas sus atribuciones (otra cosa es que en las compañías de reducida magnitud y escasa plantilla esta hipótesis sea más frecuente);
3. Semejantes ideas (que la Circular extrae de la jurisprudencia contencioso-administrativa) chocan frontalmente con la frase contenida en el punto 6 de la propia Circular (cuya fuente de inspiración es la STS -Sala de lo Social- de 29-9-88).

En conclusión, recapitulando sobre lo dicho hasta ahora, cabe señalar que el administrador que se limita a ejercer los cometidos, no ya inherentes sino «inescindibles» de su cargo [indelegables (27)], no es trabajador por cuenta ajena y está excluido del Sistema de la Seguridad Social (salvo que ejerza esas labores a título lucrativo y con profesionalidad, en cuyo caso procederá el alta en el RETA), mientras que aquel que ejerce funciones directivas (ya sea porque, siendo consejero recibe una delegación o un apoderamiento del Consejo, o porque, siendo administrador no consejero, decide no delegar sus poderes en terceros y ejercerlos personalmente) es un alto directivo respecto del cual la empresa deberá solicitar el alta en el RGSS.

(ii) En segundo lugar, aunque las funciones que asuma el administrador sean patentemente ajenas a las propias de su cargo (v. gr.: actividades técnicas o manuales), sólo originarán

(27) Son indelegables, por ejemplo, las funciones de rendición de cuentas y presentación de balances a la sociedad (art. 141 del TRLSA), certificación de acuerdos sociales (art. 109 del RRM), etc.

un contrato laboral cuando se desarrollen merced a un acuerdo alcanzado entre partes distintas y en un régimen de dependencia y ajeneidad.

Analicemos, en consecuencia, esos rasgos que definen al trabajador por cuenta ajena, cuya ausencia puede desvirtuar la conceptualización como laboral de las actividades - «adicionales» o no- del administrador:

a) Dualidad de partes:

La mención del requisito de la dualidad de partes no supone una aceptación de la teoría - antes criticada- que identifica al administrador con la persona jurídica. Al contrario, pretendemos efectuar precisamente el planteamiento inverso: No se afirma la imposibilidad (estructural) de que el administrador ostente un interés personal frente a la sociedad a la que representa, sino que se advierte contra el peligro (circunstancial) de que el representante contrate consigo mismo, con abuso de facultades, en fraude de ley. En definitiva, no se señala que la relación laboral sociedad-administrador sea inviable por ausencia de la figura del trabajador, sino que se indica que tal dualidad puede ocasionalmente faltar porque no se haya manifestado válidamente la voluntad del empresario.

Un ejemplo permitirá comprender esta idea: El administrador único de una Compañía aérea celebra consigo mismo -u ordena al Director de Personal que suscriba en su favor- un contrato de trabajo como piloto, acompañado de un sustancioso sueldo, que se aumenta cuando tiene por conveniente. (Un caso similar fue el contemplado por la STS -de lo Social- de 19-4-88).

Esta es una hipótesis clásica de «autocontratación» (piénsese en el caso del apoderado que compra para sí una finca del poderdante), figura que recibe en el Derecho Civil una solución clara: Lo pactado de esta forma no vincula al *dominus negotii*, quien podrá rechazar que el contrato produzca efectos en su esfera jurídica. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones: La doctrina admite la validez de la autocontratación en todos aquellos supuestos en los que no existe «colisión de intereses», ya sea porque el contenido del negocio aparece fijado de modo objetivo y automático, o porque median instrucciones del representado que garantizan la satisfacción de su interés (28).

Aplicando estas reglas al supuesto del administrador social, cabe concluir que la dualidad de partes puede perfectamente existir entre él y la persona jurídica en los siguientes casos:

(28) Cfr. L. Díez-Picazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 45.

(x) Siempre que la relación laboral es cronológicamente anterior y el nombramiento como administrador se produce a posteriori, ya que, en estas hipótesis, el trabajador contrató con un representante de la sociedad distinto de él mismo y ajeno a su ámbito de influencia.

(xx) Siempre que el administrador asume determinadas funciones, no por decisión unilateral y caprichosa, sino conforme a una instrucción clara del empresario; dicha instrucción puede proceder: Del Consejo de Administración (en su caso), de la Asamblea de socios (Junta general) o incluso directamente de los partícipes sociales (en sociedades que tienen un único o un reducido número de socios) (29).

b) Dependencia:

Un sector doctrinal ha afirmado que los administradores que no forman parte de un órgano colegiado (administrador único, solidarios o mancomunados) nunca podrían ostentar una relación laboral, aunque realizaran tareas extrañas a su cargo, pues -por definición- obrarían siempre de forma autónoma (30).

A nuestro juicio, esta tesis no es de recibo. Los dos elementos que configuran la situación de «subordinación» al ámbito de organización y dirección de un empresario (la obligación de respetar directrices o instrucciones ajenas y la posibilidad de recibir sanciones en caso de incumplimiento de aquéllas) pueden estar presentes incluso en el ejemplo extremo del administrador único: En primer lugar, la Junta general puede formular instrucciones al administrador, más espaciadas quizá que las que emitiría un jefe directo, pero no necesariamente menos imperiosas; en segundo lugar, sobre el administrador pesa en todo momento la amenaza de la destitución del puesto societario y nombramiento de otro administrador que le exigiría responsabilidades por su actuación como trabajador (31).

(29) En el supuesto (xx) podría inclusive darse la paradoja de que el administrador suscribiera un contrato de trabajo con una doble faz: En nombre propio (en calidad de trabajador) y en nombre ajeno (de la persona jurídica empleadora). Esta posibilidad ha sido admitida por la reciente STS (de lo Social) de 14-12-90, que se enfrentó al siguiente supuesto: El apoderado de una empresa (esto es, un representante no ya legal -administrador- sino voluntario) se nombró a sí mismo Director-Gerente de la Compañía; el TS afirma que el contrato de trabajo era válido y existente, porque la figura del autocontrato es admisible cuando no existe «contraposición de intereses» entre representante y representado y, en el caso enjuiciado, tal colisión venía excluida por el dato de que la Junta general de accionistas de la sociedad había ratificado posteriormente aquel nombramiento.

(30) En este sentido, T. Sala Franco, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

(31) La tesis que criticamos encuentra una aparente acogida en la STS (Sala de lo Social) de 27-6-89 o en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12-9-90, las cuales rechazan el carácter laboral de las funciones directivas realizadas por un administrador único, en razón de que el mismo «no estaba sometido, dentro del ámbito organizativo de la empresa, a personas u órganos que con sus criterios o instrucciones pudieran limitar su actuación». Pero esa afirmación no debe interpretarse de forma aislada, ya que en los casos enjuiciados estaban presentes otros factores que, como veremos supra, habrían justificado de por sí la exclusión de la relación laboral (los actores eran importantes partícipes sociales).

c) Ajeneidad:

Los administradores de las sociedades de capital no tienen que reunir la cualidad de socios, sino que pueden ser meros gestores de una inversión ajena (cfr. art. 123. 2 del TRLSA). Así pues, tampoco desde esta perspectiva existe una razón esencial que impida conceptualizar a los administradores como trabajadores por cuenta ajena.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el administrador participa en el capital social de la Compañía? ¿No se diluyen en tales casos las notas de dependencia y ajeneidad?

III. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. Introducción.

El interrogante que acabamos de apuntar nos conduce a abordar un tercer nivel de complicación, cuyo análisis es el objetivo primordial de este trabajo: Aquella persona que -ostente o no el cargo de administrador- merece, de conformidad con los criterios anteriores, la calificación de trabajador (ordinario o especial) por cuenta ajena y, por tanto, debe ingresar en el RGSS, ¿pierde tal condición por el hecho de ser socio de la Compañía en la que presta sus servicios?

Nuestro Derecho sólo resuelve esta duda en el ámbito de la Seguridad Social y en lo que concierne a los socios de las sociedades mercantiles personalistas: A tenor del artículo 3 b) del Decreto 2350/1970, de 20 de agosto, «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 habitual, personal y directa» estarán *obligatoriamente incluidos en el RETA* (32). No existe, sin embargo, inconveniente para extender esta solución al ámbito laboral: Como es obvio, la remisión al RETA se produce porque el Decreto 2350/1970, implícitamente, presupone el carácter de *trabajadores por cuenta propia* de los socios colectivos.

Por el contrario, en lo que concierne al trabajo de los socios en las sociedades de capital (SA y SRL) existe un vacío legal, y ello ha dado lugar a una diversidad de pareceres doctrinales y jurisprudenciales.

(32) En relación con los partícipes de las comunidades de bienes y socios de las sociedades civiles, cfr. Resoluciones de 12-2-87 de la DGRJSS, de 2 y 24-9-87 y 28-12-87 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo, y Circular número 3-004 de 2-2-89 de la TGSS (también favorables a la integración en el RETA de socios y comuneros que aporten trabajo, asuman la codirección de la empresa y respondan ilimitadamente de las deudas sociales).

Como última precisión preliminar, expondremos qué autoridades ostentan competencias para pronunciarse sobre esta problemática, para explicar a continuación la opinión de tales autoridades, la de la doctrina y, finalmente, nuestra posición al respecto.

El esquema de distribución de competencias vigente en nuestro ordenamiento en el ámbito que estudiamos es el siguiente:

- La TGSS (33) tiene atribuida la facultad de acordar la afiliación (en el Sistema de la Seguridad Social) y las altas y bajas (en el Régimen que corresponda).

La obligación de solicitar la afiliación, alta o baja corresponde, en lo que concierne a los trabajadores por cuenta ajena, al empresario, y en lo que respecta a los trabajadores autónomos a estos mismos.

Si las personas a quienes incumben tales obligaciones no las cumplen, la afiliación, alta o baja puede verificarse por dos cauces subsidiarios y facultativos:

- Los trabajadores por cuenta ajena pueden formular directamente dicha solicitud ante la TGSS.
- En los dos supuestos analizados (trabajadores dependientes y autónomos), la TGSS puede obrar de oficio cuando, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, datos obrantes en la TGSS y demás Entidades Gestoras o cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de estas obligaciones legales.

Los actos de la TGSS en las materias referidas son impugnables ante los órganos de la jurisdicción social, previa reclamación ante la propia Tesorería (art. 22 de la OM de 28-12-66).

(33) Cfr., sobre los puntos que se van a tratar a continuación, OM de 28-12-66 (campo de aplicación de la Seguridad Social, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario), arts. 63 y ss. de la LGSS, Decreto 2318/78 (constitución de la TGSS), Ley 40/80, de 5 de julio (de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social), Real Decreto-ley 10/80, de 19 de junio (de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social), RD 1694/82, de 9 de julio (sobre Recaudación de cuotas en período voluntario), Ley 44/83, de 28 de diciembre, RD 1314/84, de 20 de junio (Estructura y Competencias de la TGSS), RD 716/86, de 7 de marzo (Reglamento General de Recaudación, que ha sido modificado por la Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991), OM de 23 de octubre de 1986 (desarrollo del anterior Reglamento), RD 1258/87, de 11 de septiembre (por el que se regulan la inscripción de Empresas y la afiliación, altas, bajas y variaciones de los trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social) [esta norma no ha entrado aún en vigor, pero tiene valor «didáctico»].

No debe confundirse esta potestad con los llamados «actos de gestión recaudatoria» que tiene encomendada la TGSS y cuya revisión corresponde a los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo [art. 9. 4 de la LOPJ y art. 3 b) de la LPL (34)].

El primer problema consiste en determinar si procede la pertenencia de un determinado trabajador al Sistema de la Seguridad Social y a un Régimen u otro de aseguramiento. Esta es una materia en la que se manejan conceptos propios del Derecho laboral y, por ello, es lógico que su control se atribuya al orden social. Como dice la STSJ de Extremadura de 25-10-90, tales cuestiones no se hallan incluidas en la excepción del artículo 3 b), sino en el artículo 2 b) de la LPL (35).

Por el contrario, la gestión recaudatoria consiste, pura y simplemente, en determinar la cuota a ingresar por un sujeto cuyo encuadre en el Sistema de la Seguridad Social no es controvertido; se trata de una mera operación aritmética cuya semejanza con la liquidación de tributos justifica (aparentemente) que se residencie su impugnación ante el orden contencioso-administrativo.

- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (36) tiene impuesto el deber de vigilancia del cumplimiento de las normas sobre afiliación, altas y bajas y cotización de los trabajadores incluidos en el Sistema de la Seguridad Social.

Si la Inspección comprueba -en el ejercicio de dicha atribución- que la situación de un determinado trabajador es irregular, podrá levantar -básicamente- dos tipos de actas: Acta de liquidación (en la que se determinarán las cuotas dejadas de ingresar en el Régimen que legalmente correspondiera) y acta de infracción (con proposición de la correspondiente sanción).

Tales actas abren un expediente administrativo, que -tras el trámite de audiencia a los interesados- culmina en una resolución definitiva, que será impugnable primero en vía administrativa y luego ante los Tribunales Contencioso-Administrativos [cfr. art. 3 a) de la LPL].

- Desde un punto de vista de Derecho laboral estricto, el orden jurisdiccional social puede conocer también del problema que nos ocupa, siempre que la sociedad para la que presta

(34) Artículo 3 b) de la LPL (Texto Articulado aprobado mediante RD Legislativo 521/90, de 27 de abril): «No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

b) De las resoluciones dictadas por la TGSS en materia de gestión recaudatoria ...».

(35) Artículo 2 b) de la LPL: «Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: En materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo».

(36) Cfr., al respecto, Ley 39/62, de 21 de julio (de Ordenación de la Inspección de Trabajo), Decreto 2121/71, de 23 de julio (Reglamento del Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo) y Ley 8/88, de 7 de abril (sobre infracciones y sanciones en el orden social).

sus servicios el sujeto de que se trate separe a éste de todos sus cargos, y dicha persona entienda que la relación que le ligaba a la Compañía era laboral y accione por despido [art. 2 a) de la LPL].

- Es competencia del INEM el reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones de desempleo a trabajadores por cuenta ajena que se encuentren en situación de paro voluntario (art. 31 Ley 31/84, de 2 de agosto). Tales decisiones son recurribles ante la jurisdicción laboral [art. 2 b) de la LPL].

2. Opinión de la doctrina.

La doctrina admite pacíficamente que, como regla general, el socio que presta servicios de forma estable dentro de la organización de una SA o SRL es un trabajador por cuenta ajena, que debe ser dado de alta en el RGSS: Ambas relaciones (la societaria y la laboral) son compatibles e independientes, encontrándose sujetas a regímenes jurídicos diversos.

No obstante, un sector doctrinal (T. Sala Franco) ha defendido que no deben reputarse como relaciones laborales aquellos casos en que «no (hay) ajeneidad sino titularidad de la empresa». Tal «sucedería cuando fuese posible demostrar razonablemente que el consejero de que se trate es titular de todo o de una parte importante del capital, lo que demostraría a su vez que se trataba de un verdadero y propio empresario y no de un trabajador» (37).

3. Jurisprudencia laboral.

La jurisdicción social se ha manifestado en torno a la problemática que estudiamos en múltiples ocasiones y en diversos contextos (procesos sobre despido, alta en los distintos Regímenes de la Seguridad Social o desempleo). Los fallos más significativos de la jurisprudencia reciente -que exponemos con resumen de sus antecedentes y consideraciones, a fin de hacer visible la variedad de matices que contienen-, son los siguientes:

– *STCTr de 7-3-75*:

«La confusión de la condición de socios y trabajadores en los actores no puede en todo caso ser motivo para excluirlos del ámbito de este especializado orden jurisdiccional, ya que no es igual la situación en que, siendo reducido el número de socios, todos ellos participan en las actividades de la sociedad, de la que constituida con un mayor número son más los que aportan exclusivamente capital que los que simultanean su

(37) T. Sala Franco, *op. cit.*, pág. 32.

aportación de capital con su actividad y trabajo, ya que si en el primer caso no hay base para diferenciar la condición de socio de la de trabajador, por cuanto la actividad desarrollada como tal ha de estimarse como aportación industrial y las cantidades que se perciben como a cuenta de los posibles beneficios, en el segundo caso pueden aparecer perfectamente diferenciadas ambas posiciones».

– *STS de 6-12-83:*

Un socio fundador de una SA, en cuyo capital participa al ser titular del 12% de las acciones, es nombrado, junto con otra persona, administrador solidario de la Compañía; en ella, además de las amplias funciones inherentes a su cargo de representante legal, realiza diversos trabajos indeterminados y percibe por todo ello una retribución mensual, hasta que finalmente es destituido por la Junta general; el administrador demanda a la sociedad por despido y tanto la Magistratura como el TS estiman la excepción de incompetencia del orden laboral.

– *STS de 7-5-87:*

Versa sobre dos únicos socios de una SRL que administran solidariamente la sociedad; el TS decide que los servicios prestados deben calificarse como trabajo directivo, aunque desestima la demanda por tratarse de un supuesto anterior al 1 de enero de 1986, que es la fecha de entrada en vigor del RD 1382/85; no obstante, el Tribunal advierte, como argumento ad abundantiam, que «en el presente caso titularidad, administración social y gerencia se unen desdibujando incluso, desde una perspectiva material, la propia nota de ajeneidad».

– *STS de 24-9-87:*

El actor es consejero y Secretario del Consejo de Administración de una SA y tenía delegados mancomunadamente todos los poderes del Consejo; además era titular de 400 acciones de la Compañía, correspondiendo las restantes 150 y 350 acciones a la esposa del demandante y a otro socio, respectivamente; se estima que no existe contrato de trabajo.

– *STS de 30-9-87:*

El demandante por despido era Presidente del Consejo y consejero-delegado de la Compañía demandada, en la que posee el 22,21% de las acciones, siendo el accionista con mayor número de acciones; se aprecia la inexistencia de relación laboral y se desestima la acción.

– *STS de 15-2-88:*

Se estima la incompetencia de jurisdicción en proceso por despido, ya que «el demandante no actuaba en régimen de ajeneidad, de frutos y riesgos y de dependencia ..., puesto que era un partícipe social. Tampoco se aprecia el sometimiento a un círculo rector, extraño al propio demandante, cuando éste era uno de los miembros de ese círculo, precisamente el más significado, pues los demás habían delegado en él para la ejecución de los acuerdos sociales y la actuación social que no precisare de tales decisiones colectivas».

– *STS de 22-2-88:*

Concurre la condición de trabajador por cuenta ajena en un gerente que, a pesar de ser Vicepresidente del Consejo y accionista, «en la formación de la voluntad social no tiene una posición predominante».

– *STS de 3-10-88:*

No hay relación laboral -al faltar la nota de ajeneidad- en el siguiente supuesto: El demandante por despido y otros tres socios fundaron una SA en cuyo capital participaron por partes iguales; en esta empresa, sin recurrir a contratación de personal, prestaron servicios los cuatro socios, detrayendo mensualmente cantidades iguales en concepto de reparto; el TS advierte que, pese a la forma de SA aplicada, la finalidad social no se ha limitado a la aportación de capital, sino que se extendía, con un carácter económicamente predominante, a la aportación de industria (ésta no se retribuía con carácter independiente, sino que constituía precisamente el título para el reparto igualitario de las ganancias sociales).

– *STS de 10-11-88:*

Es incompetente el orden laboral para conocer de la demanda de despido presentada por quien ostenta la doble condición de socio (titular del 45% de las participaciones) y gerente-administrador de una SRL.

– *STCTr de 28-3-89:*

El demandante fue dado de alta en el RGSS como trabajador por cuenta ajena, al ostentar el cargo de gerente de una SA. No obstante, la TGSS -al comprobar que dicho sujeto era socio mayoritario de la sociedad, junto con su esposa- declara de oficio la baja en el RGSS. El TCTr confirma dicha resolución, con base en los siguientes argumentos: Las funciones de gerente que ostentaba el actor «son, en realidad, la proyec-

ción de su cualidad de titular de la empresa, sin que las realice por cuenta ajena, sino por cuenta propia, sin estar limitado en su gestión por criterios o instrucciones emanadas de otra persona u órgano de gobierno que ocupe la titularidad de la entidad, al ser el propio actor el que la ocupa»: «Esta Sala ha declarado que para que el alto directivo pueda ser encuadrado como trabajador por cuenta ajena, a efectos del alta en el RGSS, se precisa que tal función la ejerza realmente por cuenta de otra persona (y no por cuenta propia), y que no existe la nota de ajeneidad cuando al entidad societaria capitalista es en su mayor parte de la titularidad del directivo».

– *STS de 27-6-89:*

No es trabajador por cuenta ajena quien ostenta el cargo de administrador único (y gerente) de una SA, en cuyo capital participa en un 98%.

– *TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 6-11-89:*

La actora en un proceso por despido era socia fundadora de una SA, habiendo suscrito 500 acciones de la misma (no se especifica la proporción que esta participación representaba dentro del conjunto del capital social, pero parece que se trata de un porcentaje minoritario); ostentaba el cargo de miembro del Consejo de Administración y Secretaría del mismo y, además, tenía encomendada la tarea de elaborar un balance anual y de administrar los pagos a los trabajadores, funciones que realizaba dentro de la jornada ordinaria y por las que recibía una remuneración fija mensual. El TSJ considera que la demandante ostentaba una relación laboral especial de alto cargo, y declara competente a la jurisdicción social para conocer de la demanda.

– *STS de 6-6-90:*

Enjuicia un supuesto similar al de la STS de 3-10-88, y lo resuelve en el mismo sentido (en este caso el demandante por despido era titular del 45% de las acciones).

– *STS de 7-11-90:*

No es laboral la relación de los actores por despido, que eran titulares cada uno de ellos del 25% de las acciones de la sociedad empleadora y consejeros-delegados de la misma.

– *STS de 15-11-90:*

Sí es competente la jurisdicción laboral para conocer de la demanda de despido presentada por quien era piloto y Director de tráfico de una Compañía aérea, aunque lue-

go heredara el 20% de las acciones de la sociedad y fuera nombrado consejero de la misma (cargo del que finalmente fue destituido).

– *STS de 25-10-90:*

Se admite la condición de trabajadores por cuenta ajena de los demandantes por despido, a pesar de que los mismos eran dueños, respectivamente, del 20 y del 29% del capital social.

– *STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 22-11-90:*

Se trata de un proceso entablado contra el INEM en materia de reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo. El demandante (Don José) era socio fundador de la SA en la que prestaba sus servicios, siendo titular de un 5% del capital social; las demás acciones de la sociedad correspondían en un 67% al padre del actor (que fue nombrado Presidente del Consejo de Administración), en un 23% a su madre y en un 5% a su hermana (vocal del Consejo). Don José no ostentaba cargo alguno en el Consejo de Administración, mas en la propia escritura de constitución de la sociedad se le confirieron amplios poderes y facultades para administrar y representar a la Compañía. Mediante expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral autorizó la rescisión del contrato de D. José (que era un contrato laboral especial de «alta dirección»). Solicitada la prestación de desempleo del INEM éste la denegó, por entender que no había sido acreditada la condición de trabajador por cuenta ajena del solicitante. El Juzgado de lo Social revoca esta decisión, mas el TSJ anula a su vez el fallo del Juzgado.

El TSJ estima que «cuando se tienen facultades omnímodas, sin limitación, aprobación o control específico, (el apoderado) será obviamente alto cargo o ejecutivo pero le faltará la nota de sumisión jerárquica decisoria, la que le impedirá el carácter de «alineidad» y por ende de su incardinación como tal especial relación y consiguientes consecuencias de protección y otros derivados de las normas laborales y de Seguridad Social ...».

El balance general que cabe hacer de esta jurisprudencia es una tendencia favorable a negar la existencia de relación laboral (y, en los supuestos que versan sobre Seguridad Social, a ordenar la integración en el RETA) del socio que presta sus servicios en una SA o SRL, siempre que se cumplan ciertas condiciones excepcionales. Cuáles son tales condiciones es la cuestión que abordaremos supra epígrafe III punto 6, al exponer nuestro criterio.

4. Jurisprudencia contencioso-administrativa.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo (al dilucidar si procede la inclusión de un determinado sujeto en uno u otro Régimen de la Seguridad Social), mantiene una doctrina radicalmente opuesta, en el supuesto que nos ocupa, a la que defiende el orden social: La circunstancia de que la persona que presta sus servicios en la sociedad sea socio de la misma se utiliza, no como dato excepcional -que permite eludir una calificación como trabajador por cuenta ajena que, en otro caso, sería procedente-, sino, antes bien, como refuerzo para concluir que nos encontramos ante una relación laboral -lo que conduce a la integración en el RGSS-.

De hecho, se ha convertido en un «fundamento de estilo» de las Sentencias contencioso-administrativas aquel a tenor del cual «los que actúan como administradores, directores o gerentes de una SA o SRL, *aunque sean socios de la Compañía e incluso ésta tenga carácter familiar*, ha de considerarse que prestan servicios por cuenta ajena, pues repercuten en favor de una persona jurídica distinta, y por ello quedan incluidos en el RGSS» (cfr. las SSTs de 19-10-88, 27-3-89, 31-5-89, 25-10-89, 8-3-90, 4-6-90, 25-10-90).

Es muy de destacar, en esta línea, la STS de 25-10-90: Se califica como relación laboral especial de alto cargo la del Sr. B, Presidente del Consejo de Administración de una SA en quien habían delegado todas sus facultades los demás miembros del Consejo y que, en virtud de ello, ejercía las funciones de gobierno y dirección de la empresa. No se especifica la participación accionarial de la que era titular el Sr. B., pero cabe inferir que tal sujeto controlaba de facto o por derecho legal la Compañía, dado el origen de la misma (se hace constar que B era el antiguo titular de una empresa individual, que luego se transformó en la sociedad para la que prestaba sus servicios y que las demás participaciones correspondían a parientes suyos). Ante semejante situación, la jurisprudencia social sin duda habría dictaminado la inexistencia de relación laboral, mientras que la Sala de lo Contencioso-Administrativo pondera dichos datos como argumento en favor del carácter de trabajador por cuenta ajena de B.

Sólo en una resolución -de las que pertenecen a la jurisprudencia más reciente- se considera procedente el alta en el RETA (en lugar de en el RGSS), y ello por una razón meramente procesal. Se trata de la STS de 7-2-90: La Inspección había levantado acta de liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por una SA, en relación con tres personas, que eran socios fundadores y administradores de la misma. El TS constata que tales sujetos no se limitaban a efectuar la alta dirección de la Compañía, sino que prestaban servicios propios del objeto social de la misma («asesoramiento de empresas»), y concluye que no ofrece dudas la obligatoriedad de su afiliación y cotización en el RGSS. No obstante, la Sentencia de instancia había excluido de la condena la situación de uno de los administradores, en atención al dato de que esta persona estaba dada de alta en el RETA; la Administración no apela este pronunciamiento y el TS lo reputa firme y lo respeta. Más adelante comentaremos esta Sentencia.

5. Opinión de la Administración.

En un primer momento la DGRJSS, mediante informe de 18-1-90 (emitido como contestación a una consulta formulada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), consideró correcto el criterio de la jurisdicción contencioso-administrativa: Estimó que la tendencia apuntada por los Tribunales sociales (exclusión del ámbito del ET de los socios mayoritarios, aunque desempeñen funciones propias de una relación de trabajo) no era aplicable al ámbito de la Seguridad Social, dado que «no existe una correlación automática entre (la calificación como) trabajador por cuenta ajena y la adscripción al RGSS» (existen diversos colectivos excluidos del ET e incluidos en el RGSS por mandato de la LGSS). La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social asumió como suyo este criterio, y lo transmitió a las Inspecciones Provinciales.

Con posterioridad, sin embargo, la DGRJSS ha cambiado radicalmente su opinión (ajustándola al parecer de los Tribunales sociales) mediante Resolución de 17-5-90, cuyas conclusiones se han incorporado a la Circular n.º 2-020 de la TGSS, en sus puntos 2 y 3:

– Punto 2:

«En cuanto a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, con carácter general, y con independencia de lo que luego se dirá para los supuestos en que se desempeñen también las funciones propias de los órganos de administración de la sociedad, los socios que trabajen personalmente en las mismas tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, debiendo quedar incluidos, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social propia (sic) de los mismos».

– Punto 3:

«Como excepciones a la conclusión anterior, cabe señalar las situaciones en las que el trabajo desarrollado por el socio no lo es por cuenta ajena:

a) Bien porque se trata de actividades autónomas de los mismos, encubiertas bajo el empleo de formas societarias de responsabilidad limitada.

b) Bien porque, dado el control del capital social, se confunde la personalidad del socio y la de la sociedad, impidiendo que la actividad desarrollada por el mismo sea considerada por cuenta ajena.

En estos supuestos, los socios trabajadores deben quedar incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos».

6. Criterio ecléctico.

• En nuestra opinión, debe acogerse *prima facie* -tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social- la teoría que propugnan la jurisprudencia social, la Circular n.º 2-020 de 28-06-90 de la TGSS y T. Sala Franco, si bien esta tesis debe ser matizada en diversos aspectos.

La idea rectora que apuntan esas fuentes es correcta: El Derecho Laboral y de Seguridad Social debe traspasar el velo de la personalidad jurídica para calificar como trabajadores por cuenta propia a quienes prestan sus servicios en una SA o SRL cuya gestión controlan. Ciertamente, la figura de la persona jurídica es una ficción que el ordenamiento santifica con carácter general en razón de los beneficios que trae consigo a diversos efectos. Hoy la DGRN admite incluso la legitimidad del fenómeno del «socio único sobrevenido» (la reunión de todas las participaciones sociales en una sola mano con posterioridad a la constitución de la sociedad), y la evolución de la mentalidad jurídica camina en el sentido de aceptar la existencia *ab initio* de Compañías con un único fundador (38). Ahora bien, los dogmas jurídicos no tienen un valor absoluto, sino que pueden y deben dejarse de lado en contextos distintos de los que justificaron su erección: Así la personalidad jurídica diferenciada de determinada Compañía puede respetarse normalmente a efectos de imputación de las responsabilidades de la empresa (sin que los Jueces decreten la comunicación de responsabilidad a los socios, al no apreciar abuso de derecho) y, sin embargo, a la hora de enjuiciar el régimen laboral del socio que trabaja en esa misma sociedad y ostenta en ella una significativa participación, cabe levantar el velo de la entidad interpuesta y concluir que tal socio es un trabajador autónomo, porque en su relación de servicios la ajeneidad está muy diluida y la dependencia no existe.

No cabe argumentar, frente a ello, como hacía el informe de la DGRJSS de 18-1-90, que la consideración del socio «significativo» como trabajador autónomo puede operar en el campo laboral y no así en el de la Seguridad Social: Es indudable que hay sujetos que no son trabajadores por cuenta ajena y, sin embargo, aparecen integrados en el RGSS a virtud de las asimilaciones que realiza la LGSS (39); mas, en ausencia de una asimilación expresa, la adscripción al RGSS sólo será posible por la vía del encaje en el concepto de trabajador por cuenta ajena (cumplimiento de las condiciones que enuncia el artículo 1. 1 ET). En las hipótesis que nos ocupan (trabajos directivos u ordinarios prestados en sociedades mercantiles) no juega ninguna asimilación (40) que permita prescindir de las notas de dependencia y ajeneidad. Luego si éstas

(38) Cfr., sobre estos dos temas, respectivamente, RDGRN de 21-6-90 y 12 Directiva del Consejo en materia de Derecho de Sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/CEE).

(39) Cfr. M. R. Alarcón y S. González Ortega, *op. cit.*, pág. 126.

(40) Es verdad que el artículo 61. 2 a) LGSS incluía a quienes desempeñan cargos directivos dentro de la lista de «asimilaciones», en razón de la exclusión del ámbito laboral que realizaba la LCTr. Pero el propio tenor de la ley exigía, como condición para que funcionara la asimilación (hoy ya claramente innecesaria), el que tales cargos «trabajen por cuenta ajena».

faltan porque el que presta sus servicios es socio «preponderante» de la Compañía, no existirá título que ampare la inclusión en el RGSS.

Tampoco cabe aducir que el Decreto 2350/1970 (relativo al RETA) sí contempla la operación de levantamiento del velo en el caso de los socios colectivos y que su silencio, en lo que respecta a los socios de responsabilidad limitada, ha de interpretarse como exclusión terminante del RETA (e inclusión en el ámbito laboral). El artículo 3 c) del Decreto 2350/1970 tiene una función meramente aclaratoria: Tras considerar el título en virtud del cual prestan sus servicios los socios colectivos y analizar cuál es su régimen de actuación, el autor del Reglamento llega al convencimiento de que tales trabajos encajan en la definición de trabajo autónomo (contenida en el art. 2 del Decreto) y esta solución se explicita en el texto de la norma; mas, aun en defecto de semejante previsión, cualquier operador jurídico podría haber alcanzado igual conclusión. En suma, es obvio que el mencionado artículo 3 c) tiene carácter ejemplificativo y no limitativo (41). Lo más que podría decirse es que la *ratio legis* de dicho precepto debe servir de orientación a efectos de asignar la calificación de autónomos a otro tipo de socios trabajadores. Pues bien ¿cuál es esa *ratio*?

De acuerdo con el régimen de las sociedades colectivas y comanditarias (arts. 125 y ss. del C. de c.), los socios colectivos responden ilimitadamente de las deudas sociales y, por eso, ostentan un derecho intangible a intervenir en la gestión social («quien paga, gobierna»). Como ha destacado la doctrina mercantilista, tales socios son «gestores natos» de la Compañía en la que participan. Ello implica que, por definición, el dato de la «dependencia» aparece excluido de la relación que mantienen con la sociedad a la que pertenecen. Por el contrario, los socios que no responden de las deudas sociales no gozan de ese privilegio: Los comanditarios aparecen excluidos de la administración social, y los de las Sociedades Anónimas y Limitadas sólo podrán influir en ella en la medida en que ostenten el control de la Junta general. Ahora bien, cumplida esta condición, la situación resultante puede ser, *a los efectos que nos ocupan*, idéntica a la que ofrecen los socios colectivos, y merecerá, por ende, un tratamiento similar (42).

• De estas observaciones se derivan, a su vez, una serie de precisiones que aclaran, corrigen o complementan aquella idea básica:

(41) También, aun suponiendo que el artículo 3 c) pudiera ser interpretado a contrario para excluir del RETA a los socios de sociedades de responsabilidad limitada, cabría utilizar el argumento que emplea el informe de la DGRJSS de 17-5-90: Cuando el juzgador levanta el velo, desconoce la forma jurídica societaria y descubre bajo ella actividades autónomas individuales, que encajan en la cláusula general del artículo 2 del Decreto.

(42) Nótese que el dato relevante para establecer la analogía no es el de la responsabilidad limitada, sino el hecho de si el socio posee o no un título insuprimible que le habilita para controlar la gestión social. La circunstancia de que el socio colectivo responda de las deudas sociales es causa de su derecho a intervenir en la gestión social, pero es el efecto y no la causa lo que nos interesa como criterio analógico.

– La tesis que defendemos es aplicable tanto a las Sociedades Limitadas como a las Sociedades Anónimas. Algunas Direcciones Provinciales de la TGSS están aplicando la Circular 2-020 exclusivamente a los socios trabajadores de Sociedades Limitadas, criterio que, a nuestro entender, revela una comprensión errónea del texto de la resolución administrativa: Esta alude, ciertamente, a las «sociedades de responsabilidad limitada», pero emplea esta expresión como sinónimo del concepto de «sociedades capitalistas», y no como referencia al tipo concreto de la SRL. Así lo revela una interpretación auténtica (la lectura de la Resolución de la DJRJSS de 17-5-90, cuyas conclusiones reproduce la Circular) y otra literal (se utiliza la minúscula). No podía ser de otro modo, porque las diferencias que separan el régimen de la SA del de la SRL no tienen relevancia alguna en el contexto en que estamos situados: Lo importante para nosotros es el mecanismo en virtud del cual el socio controla la marcha social, y en este punto no existen divergencias sustanciales entre ambos tipos sociales.

– No obsta a la calificación como trabajador autónomo del socio el hecho de que éste no ostente el cargo de administrador. El partícipe que controla la sociedad tiene la facultad de nombrar y revocar, en el seno de la Junta general, a los administradores sociales. Por ello, su subordinación a las órdenes de los gestores sería meramente formal, pues en términos materiales son ellos quienes deberán seguir sus instrucciones.

– Por las mismas razones, también es indiferente el hecho de que el socio preste sus servicios en calidad de alto cargo o realice funciones propias de una relación laboral ordinaria. Nadie dudaría de que el titular de un establecimiento individual que delega en un apoderado la dirección de la empresa y que, sin embargo, realiza en ella tareas auxiliares o de menor rango, no adquiere por ello la condición de trabajador por cuenta ajena. Pues bien, la misma solución debe mantenerse cuando la empresa es social, pero su gestión se encuentra controlada por el pretendido trabajador.

– Acertadamente, el punto 2 de la Circular 2-020 menciona dos supuestos alternativos en los que el trabajo del socio debe tildarse de autónomo, en cuyo significado es necesario profundizar:

a) «Cuando, dado el control del capital social, se confunde la personalidad del socio y la de la sociedad, impidiendo que la actividad desarrollada por el mismo sea considerada por cuenta ajena».

La duda es, empero, qué se entiende por control: ¿Con semejante expresión se alude a un control totalitario (100%), a la titularidad de una mayoría absoluta de votos (50% más uno) o a cualquier tipo de participación que conyunturalmente (a la vista de la dispersión del resto de participaciones) permite al socio gobernar de facto la sociedad?

El Derecho no contiene una definición universal del «dominio» de una sociedad. Existen algunas definiciones que presentan diferencias entre sí en función del objetivo perseguido por

las normas que las recogen (cfr., por ejemplo, art. 42 del C. de c., art. 4 de la LMV), pero ello no nos exime de indagar cuál es el concepto de «control» que debe manejarse para resolver nuestro problema particular.

A nuestro juicio, debe acogerse *prima facie*, sin perjuicio de lo que luego se dirá, el criterio intermedio (mayoría absoluta). Los otros dos principios extremos son rechazables por distintos motivos:

(i) Es cierto que sólo la participación 100% garantiza la inexistencia de ajeneidad, mas la titularidad de una cifra inferior del capital social -siempre que constituya una participación de control- elimina la dependencia, lo que basta para excluir la relación laboral.

(ii) Por su parte, la titularidad de una «mayoría minoritaria» ocasional es una situación que no puede tomarse en cuenta para excluir la nota de dependencia, dado su carácter precario (en cualquier momento un socio distinto puede asumir el gobierno de la sociedad por vía de adquisición de participaciones o en virtud del apoyo del resto de los partícipes). Desde luego, esta conclusión es clara cuando lo que se discute es si procede la inclusión de un socio trabajador en el RETA: Una calificación como ésta -que tiene consecuencias duraderas en el tiempo- no puede hacerse depender de factores absolutamente etéreos e inestables (hoy el socio puede controlar la sociedad, pero mañana los demás partícipes pueden agruparse para desbancarle de su posición). En cambio, cabría argumentar que cuando el Juzgador se enfrenta a una decisión en la que deben ponderarse únicamente las condiciones presentes en el momento de emitir el fallo (como sucede en materia de despido y de reconocimiento de la prestación de desempleo), la solución debe ser la inversa. Pero no es así: Ciertamente si el socio, haciendo uso de sus derechos políticos, promovió la extinción de su contrato, la Sentencia deberá rechazar la pretensión del actor (se entenderá que no existe despido, sino dimisión voluntaria del trabajador, o que no concurre el derecho a percibir prestaciones de desempleo, porque el paro no es forzoso); esto es, la demanda deberá ser «desestimada», pero no «inadmitida» por incompetencia de jurisdicción (se ha de reconocer que la relación es laboral, porque la ajeneidad y la dependencia existen potencialmente, aunque en un momento dado el actor haya podido efectuar una maniobra política que le ha permitido influir sobre la voluntad del empresario). La distinción puede parecer irrelevante, pero -como veremos infra IV- tiene importancia a efectos de aplicación del principio de cosa juzgada.

b) «Cuando se trata de actividades autónomas de los (socios), encubiertas bajo el empleo de formas societarias de responsabilidad limitada».

Este segundo supuesto se superpone en parte con el primero: Cuando el «trabajador» ostenta una participación, v. gr., del 90% del capital social, muy probablemente sucederá que está utilizando la forma social para encubrir actividades empresariales autónomas. Pero la idea

tiene también un contenido adicional, que complementa la hipótesis anterior: El levantamiento del velo puede producirse respecto de socios que poseen participaciones minoritarias de la sociedad cuando se presentan situaciones como las que contemplaron la STCTr de 7-3-75, las SSTs (de lo Social) de 3-10-88 y 6-6-90 y la STS (de lo Contencioso) de 7-2-90, citadas en el epígrafe III, puntos 2 y 3, a los que nos remitimos.

Se trata de hipótesis en las que varios empresarios o profesionales unen sus esfuerzos para desarrollar conjuntamente su actividad. En puridad, este fin económico debería instrumentarse jurídicamente mediante la fundación de una sociedad personalista. No obstante, ello tiene el inconveniente de que aquel tipo social asigna a los socios responsabilidad ilimitada por las deudas sociales. Para eludir este riesgo, los partícipes recurren entonces a la fórmula de constituir una sociedad de capital y celebrar al tiempo una serie de pactos (estatutarios o privados) que obligan a la sociedad a funcionar, virtualmente, como si de una Compañía personalista se tratara: Se acuerdan fuertes restricciones a la transmisibilidad de las participaciones, se otorga a todos los socios un puesto en el órgano de administración, se exige la unanimidad para la adopción de acuerdos vitales para la sociedad (43), se establece una obligación de prestación de servicios (44) y se crea una simetría entre la aportación de trabajo y la de capital, de forma que cada cual recibirá dividendos en proporción a su trabajo en la empresa. Semejantes partícipes actúan, en términos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como socios colectivos y deben recibir, por ende, el tratamiento que a tales socios dispensa el artículo 3 c) del Decreto 2350/1970.

Por otra parte, a nuestro entender, también cabría apreciar la inexistencia de contrato de trabajo respecto del socio minoritario que colabora en la empresa, siempre que pueda demostrarse que el mismo controla la Compañía mediante «fiduciarios», así como en aquellos supuestos en los que la titularidad del resto (o la parte principal) del capital social se encuentre en manos de los parientes que mencionan los artículos 1. 3 e) del ET y 7. 2 de la LGSS.

– Nuestra última reflexión se refiere no al por qué se puede decretar la afiliación en el RETA del socio trabajador, sino al cuándo: La Circular 2-020 parece ideada para que su aplicación se efectúe (por parte de la TGSS) en el momento de comienzo de las operaciones de la sociedad. En ese instante se solicita la inscripción de la Compañía en el Registro de Empresas, y a tal efecto se aporta la escritura de constitución de aquella, documento en el que deberán constar los datos de identificación de las personas que inicialmente se encargan de la administración social y el número de participaciones que asume cada uno de los fundadores [cfr. art. 8 c) y f) TRLSA]. Cabría pensar que la Tesorería puede, cuando comprueba que la administración

(43) Según la doctrina, los Estatutos de la SA y de la SRL no pueden exigir la unanimidad como requisito para la adopción de acuerdos sociales (cfr. la reciente RDGRN de 15-4-91). Mas este pacto puede incluirse en un Acuerdo extraestatutario, con validez inter partes.

(44) La obligación de prestar servicios puede instrumentarse mediante la figura de las prestaciones accesorias [art. 9 1) TRLSA] o por vía de un pacto privado paralelo a los Estatutos sociales.

se encomienda a quien ostenta la mayoría absoluta del capital social, acordar el alta de oficio de dicho sujeto en el RETA. Pero, a nuestro entender, esa actuación sería precipitada: La Tesorería no sabe, ni puede saber, si el administrador va a ejercer de forma efectiva todas las funciones de gestión inherentes a su cargo o, por el contrario, las va a delegar en un apoderado voluntario; no puede predecir si va a existir una dedicación habitual a la empresa que justifique la inclusión en el RETA (si el sujeto es socio mayoritario o encubre actividades autónomas) o en el REGSS (cuando no es así).

El único supuesto en el que dicho órgano cuenta con indicios suficientes para decretar el alta del socio mayoritario en el RETA es aquel en el que la empresa o el trabajador solicitan el alta en el RGSS, desvelando de esta forma su intención de que el segundo ejerza una actividad efectiva y continuada en la sociedad.

Hay que reconocer que esta última hipótesis es relativamente común, porque a menudo los socios desean obtener la afiliación al RGSS a fin de crear una apariencia de laboralidad y de este modo, en los períodos de baja actividad de la empresa, promover la extinción de su contrato y reclamar las prestaciones de desempleo (45).

Sin embargo, no es la TGSS quien goza de las mayores posibilidades de aplicar las tesis de la Circular, sino la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pues sólo ella goza de la facultad de reunir todo tipo de elementos de juicio, en cuanto puede observar directamente situaciones de hecho en cualquier momento temporal (a diferencia de la Tesorería, cuya base probatoria se reduce -casi exclusivamente- a los documentos aportados por los propios particulares). Por este motivo, a fin de garantizar que TGSS e Inspección operarán con un único criterio de actuación y una interpretación uniforme de dicho criterio, será preciso que la Administración promueva una dobe decisión: La Dirección General de la Inspección habrá de asumir mediante un acto formal el criterio de la DGRJSS (reflejado en la Circular 2-020 de la TGSS), y la TGSS deberá adoptar la norma de consultar a la Inspección siempre que se enfrente a supuestos de interpretación compleja.

IV. ASPECTOS PROCESALES.

1. Contradicción entre las jurisprudencias del orden social y del orden contencioso-administrativo.

En el epígrafe anterior hemos formulado una teoría que propone un posible tratamiento sustantivo del problema que nos ocupa. Sin embargo, como hemos podido comprobar, el orden

(45) Naturalmente, el alta en el RGSS no garantiza la obtención de la prestación de desempleo (el INEM podría discutir la condición de trabajador del sujeto en cuestión), pero sí es valorada judicialmente como indicio de laboralidad.

jurisdiccional laboral y el contencioso-administrativo mantienen posturas enfrentadas al respecto, y ello puede originar la siguiente anomalía: El socio que regulariza su situación jurídica en materia de afiliación y alta dentro del Sistema de la Seguridad Social, de acuerdo con la doctrina sentada por determinado orden jurisdiccional, puede encontrarse con que una eventual controversia suscitada sobre ese extremo sea resuelta por un orden distinto, que mantiene un parecer contrario al que inspiró la conducta del interesado.

Explicemos por qué sucede esto:

Imaginemos que tres profesionales (que ostentaban previamente el alta en el RETA) fundan una SA en la que se reparten las tareas propias del objeto social, aunque nombran como administrador único a un letrado que no participa en el capital social. La TGSS no tiene conocimiento de la actividad desarrollada por los socios y no adopta ningún acuerdo en punto a la corrección del alta en el RETA.

Más tarde la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social estima que los tres partícipes debían estar cotizando en el RGSS, y levanta acta de infracción (proponiendo la correspondiente sanción contra la empresa) y de liquidación (por las cuotas que debieron haberse ingresado de haberse practicado en su momento la afiliación y alta en dicho Régimen) (46); simultáneamente, la Inspección comunica este hecho a la TGSS para que ésta verifique el alta de oficio del trabajador en el RGSS.

Teóricamente, de acuerdo con el esquema legal de distribución de competencias descrito supra epígrafe III punto 1, el Sr. A -en el ejemplo anterior- podría ejercer acciones ante una doble sede:

- El alta de oficio en el RGSS, que efectúa la TGSS (y cuya procedencia depende de si concurre o no en el socio trabajador la nota de «dependencia», lo cual es una típica materia de Derecho Laboral) sería impugnabile ante la jurisdicción social (art. 22 OM 23-12-66).
- La liquidación de las cuotas adeudadas y la sanción serían revisables por la jurisdicción contenciosa [art. 3 a) LPL].

De ser así las cosas, ello originaría la siguiente duda: ¿La sentencia que resuelve sobre el tema de base, esto es, la del orden social (el cual normalmente emitirá su fallo, además, de forma más temprana) vincula al Tribunal Contencioso-Administrativo?

(46) La jurisprudencia tiene declarado que la liquidación deberá referirse a la diferencia entre las cuotas ingresadas (en el Régimen erróneo) y las debidas ingresar (en el Régimen adecuado) [STS de la Sala de lo Contencioso de 5-12-89 y STS de 28-9-90]. Con ello se desautoriza el criterio de la Inspección, que venía liquidando por el todo, dejando al particular la posibilidad de pedir la devolución de lo ingresado.

Mas este problema es sólo teórico. La jurisprudencia ha comprendido que una tal dualidad de cauces de conocimiento de las dos vertientes de una misma cuestión no es razonable: Lo correcto es que un único orden entienda del conjunto de la controversia. Concretamente, en la práctica, la balanza se ha inclinado a favor del orden contencioso-administrativo: En este tipo de supuestos los Tribunales contenciosos han absorbido el conjunto de la competencia, de modo que controlan no sólo el *quantum* de las liquidaciones, sino también (como prueban las sentencias citadas supra epígrafe III punto 3) la causa de las mismas (esto es, en el caso que analizamos, si procede la calificación del socio como trabajador por cuenta ajena o autónomo). Los órganos judiciales laborales, por su parte, han tolerado esta práctica.

Esa absorción de competencia funciona, sin embargo, en ejemplos como el que nos ocupa (se impugna un acto de la Administración laboral que tiene su origen en actas levantadas por la Inspección), mas no habría jugado si el Sr. A hubiera deducido su impugnación en el momento inicial, esto es, cuando la TGSS practicó el alta de oficio en el RETA, pues tal acción debería haberse entablado ante el orden social.

Nuestro Derecho consagra en este punto una curiosa paradoja: La jurisdicción contenciosa es la única que conoce sobre los problemas de cuantía de las liquidaciones (cálculo de cuotas) (47). Ahora bien, el tema previo de si la cotización procede en un Régimen u otro sólo lo acapara cuando la infracción es detectada por la Inspección de Trabajo. Si, por el contrario, es la TGSS quien descubre la irregularidad en virtud de datos a los que tiene acceso directamente, la impugnación de aquel extremo deberá efectuarse -según se admite pacíficamente- ante los Tribunales sociales.

Ello propicia que existan en nuestro Derecho dos líneas jurisprudenciales contradictorias, procedentes de órdenes jurisdiccionales distintos, en torno a un mismo problema (incardinación de una persona dentro del Sistema de la Seguridad Social), lo que atenta contra la seguridad jurídica (art. 9. 3 de la CE): Los fundadores de la sociedad confiaron en el signo de la jurisprudencia social (que habría reputado suficiente el alta en el RETA), y, sin embargo, la empresa se encuentra posteriormente con la desagradable sorpresa de ser objeto de un acta de liquidación y de infracción por falta de alta en el RGSS, que los Tribunales Contencioso-Administrativos confirmarían.

A nuestro juicio, de *lege ferenda*, debe propugnarse una solución monista (una única jurisdicción competente), mas el orden favorecido por esa unificación ha de ser el social, dado que la jurisdicción contenciosa no es la más apta para dirimir, en ningún caso, litigios donde se

(47) Ello con independencia de que el «defecto de cotización» tenga su origen en una falta de afiliación y alta al Régimen procedente (supuesto que puede ser detectado por la TGSS o por la Inspección) o en una morosidad en el pago o error de cálculo de las cuotas debidas por un sujeto en alta (supuestos en los que normalmente el acta impugnado procede de la TGSS). Cfr. el epígrafe III punto 1 y las normas allí citadas.

plantean complejos casos de Derecho Laboral (48). Los Tribunales sociales deberían tener el monopolio de la revisión de las liquidaciones (para analizar si procede la cotización, en qué Régimen procede y el quantum de las cuotas), y en materia sancionatoria debería adoptarse un sistema de «prejudicialidad social», semejante al de prejudicialidad penal, que juega cuando un hecho sancionable administrativamente pudiera ser constitutivo de delito (la imposición de sanciones por parte de la Administración y su revisión por la jurisdicción contenciosa habrían de suspenderse hasta tanto no se pronunciaran los Tribunales sociales sobre cuál es el Régimen de la Seguridad Social en el que debe integrarse el sujeto de que se trate) (49).

No es éste, empero, el sistema vigente en la actualidad. Ahora bien, en tanto no se produzca una reforma legislativa, pensamos que las disfunciones que ocasiona el actual mecanismo de distribución de competencias podrían ser paliadas si el TC impusiera el juego en este campo del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la CE), por la vía del recurso de amparo: Los Tribunales de un orden jurisdiccional sólo podrían apartarse de la jurisprudencia del otro orden si la conocen, reflexionan sobre ella y justifican de forma razonable el cambio de criterio. Ciertamente, la interpretación del artículo 14 de la CE que viene manteniendo el TC no ampara esta propuesta, pues se considera que los órganos judiciales sólo tienen la obligación de motivar el alejamiento de los precedentes propios. Mas consideramos que situaciones anómalas como ésta justifican una dulcificación de aquella doctrina (50).

2. Contradicción entre Sentencias.

- El anterior epígrafe aborda el problema que para la seguridad jurídica plantea la existencia en abstracto de dos líneas jurisprudenciales contradictorias. Aquí discutimos un riesgo aún más grave, esto es, la posibilidad de que un mismo supuesto de hecho reciba soluciones incompatibles entre sí.

Nadie dudaría de que si la incardinación de una persona dentro del esquema de protección de la Seguridad Social ha sido ya enjuiciada por la jurisdicción social (porque la TGSS, en el momento de constitución de la sociedad, dictó un alta de oficio, que fue impugnada) el efecto de cosa juzgada impide una revisión posterior de dicha calificación por parte de la Inspección de Trabajo y de los Tribunales Contencioso-Administrativos, siempre y cuando la situación de hecho que justificó el primer fallo no haya variado.

(48) En este sentido, V.C. Martín de Hijas, *op. cit.*, pág. 142.

(49) V.C. Martín de Hijas, *op. cit.*, propugna que la revisión de las sanciones sea atribuida también al orden social. Sin embargo, a nuestro entender, esta materia contiene aspectos (límites constitucionales al ejercicio de la potestad sancionatoria) cuyo enjuiciamiento exige una especialización que sólo el orden contencioso-administrativo posee.

(50) Cfr., sobre el significado del principio de igualdad en la aplicación de la ley, y su posible interpretación en el sentido que sugerimos, J. Serra Callejo, *op. cit.*

La polémica surge cuando las Sentencias que entran en colisión se refieren, de un lado, al citado problema de Seguridad Social (pertenencia al RGSS o al RETA), y, de otro, a cuestiones distintas pero íntimamente conectadas con la primera, en cuanto su solución depende de si el interesado es trabajador por cuenta ajena o autónomo (procesos sobre despido o reconocimiento de la prestación de desempleo).

Se nos ocurren cuatro hipótesis típicas en las que se puede plantear la discusión apuntada (hipótesis que se refieren tanto a contradicciones internas del orden social como a colisiones entre Sentencias de diversos órdenes):

(i) Sentencia del orden social sobre Seguridad Social vs. Sentencia del propio orden social en materia de despido o desempleo.

Imaginemos que el Sr. B, socio fundador y titular de un 40% de las acciones de una SRL, es nombrado administrador único de la Compañía en la escritura de constitución de la misma. La empresa solicita el alta de B en el RGSS. La TGSS estima que esa participación es lo suficientemente relevante y acuerda efectuar de oficio el alta de B en el RETA. Disconforme con ello, B impugna el acto de la TGSS ante los Tribunales sociales y éstos consideran que, al no ostentar B la mayoría absoluta del capital social, no es trabajador autónomo, sino trabajador por cuenta ajena (alto directivo). La TGSS acata la Sentencia y acuerda anular el alta de B en el RETA y sustituirla por la inclusión en el RGSS.

Posteriormente la Junta general de la sociedad acuerda la destitución de B del cargo de administrador. El nuevo administrador conmina a B para que abandone toda actividad en la Compañía. El Sr. B, sin embargo, entendiendo que sus funciones como gerente eran laborales, acciona por despido, a partir de lo cual caben dos posibilidades:

- Si no existe avenencia ante el SMAC y el proceso continúa, se plantea esta duda: ¿El Juez que conoce del proceso de despido -que se ventila entre el trabajador y la empresa- está vinculado por la decisión anterior del Juez que resolvió el litigio sobre Seguridad Social -que enfrentó a la TGSS y al trabajador-?
- Si existe avenencia, B se dirigirá al INEM para reclamar la prestación de desempleo; si el Instituto rechaza la prestación, el interesado podrá impugnar dicho acto también ante la jurisdicción social, lo que reproducirá un dilema semejante al antes expuesto: ¿La Sentencia dictada en el contencioso sobre Seguridad Social -entre TGSS y trabajador- coarta la libertad de decisión del Juez que conoce de la demanda sobre reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo -interpuesta por el trabajador frente al INEM-?

¿Podría darse la paradoja de que la misma jurisdicción laboral que consideró obligatoria la cotización de B en el RGSS estime más tarde que no existe contrato de trabajo y, en conse-

cuencia, bien se declare incompetente para conocer del «despido», o bien considere que es impropcedente la prestación de desempleo (sin que B pueda exigir la devolución de las cuotas ingresadas en el RGSS, ya que este tema habría quedado zanjado definitivamente por Sentencia firme)? La cuestión no es baladí, porque la cotización en el RGSS se realizó en el grupo 1 (dada la condición de alto directivo de B), mientras que, de haberse considerado desde un principio que B era autónomo, aquél habría cotizado sobre la base mínima de cotización (sin perjuicio de su derecho a sustituirla por otra superior -art. 15 del RD 2350/70-).

(ii) Sentencia del orden social sobre despido o desempleo vs. proceso contencioso-administrativo sobre Seguridad Social.

Imaginemos que -en el ejemplo anterior- el Sr. B consigue permanecer inicialmente fuera del Sistema de la Seguridad Social. (Para eludir el control de la TGSS, bastaría hacer que constara en la escritura de constitución de la sociedad el nombramiento de otra persona como administrador único, pues la designación de B para ocupar dicho puesto siempre se puede producir en un momento ulterior).

Posteriormente B es destituido del cargo de administrador y se inicia un proceso de despido o el proceso para exigir la prestación de desempleo. Los Tribunales sociales resuelven mediante Sentencia firme en sentido negativo (B no era trabajador) o positivo (sí lo era).

De forma paralela al curso de estos procesos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social descubre lo que no pudo en su momento descubrir la TGSS y levanta acta de liquidación y de sanción contra la empresa en razón de la falta de alta de B en el RGSS durante el período en el que estuvo prestando sus servicios en la Compañía. La empresa impugna dichos actos ante el orden contencioso.

Pues bien, ¿el Juez contencioso-administrativo debe respetar la calificación que realizara la previa Sentencia social? Si el orden social dictaminó que B era trabajador, ¿podrá exigir la Administración que se aplique la cosa juzgada en el segundo litigio para confirmar la procedencia de la integración en el RGSS? Y si la Sentencia social estimó que no había contrato de trabajo, ¿podrá la empresa reclamar la aplicación de la cosa juzgada frente a la Administración (que no estuvo presente en el procedimiento laboral)?

(iii) Sentencia contencioso-administrativa sobre Seguridad Social vs. Sentencia social sobre despido o desempleo.

Supongamos que en el caso (ii) la secuencia de actos sigue un orden inverso: Primero se produce la actuación inspectora y sólo cuando la liquidación y sanción han sido impugnadas

ante la jurisdicción contenciosa y ha recaído Sentencia firme de este orden, se inicia el proceso de despido o desempleo. ¿Vincularía lo resuelto por los Tribunales contenciosos a los órganos judiciales laborales?

(iv) Sentencia social sobre despido o desempleo vs. Sentencia sobre anulación de alta en el RGSS y devolución de cuotas.

Figurémonos ahora que el Sr. B es administrador único de una sociedad y actúa como gerente de la misma, mas no ostenta inicialmente una participación social. En razón de ello, obtiene el alta en el RGSS. Más tarde B deviene socio único de la Compañía, lo que parece que debería conllevar el traslado al RETA, pero la TGSS desconoce el cambio de titularidad de la empresa y la Inspección no lo detecta.

Finalmente, B promueve la extinción de su propio contrato como trabajador («finge» el despido), existe avenencia ante el SMAC y se solicita del INEM la prestación de desempleo. Naturalmente el Instituto entiende que no existe relación laboral y deniega la prestación, lo que confirman los Tribunales sociales.

Ante ello, el Sr. B exige de la Tesorería de la Seguridad Social la devolución de las cantidades ingresadas durante el período en que estuvo vigente el alta en el RGSS (51), alegando que una Sentencia firme del orden social ha dictaminado que no existía relación laboral entre él y la empresa.

Teóricamente podríamos plantearnos aquí también, si cabe, un doble cauce de impugnación de la respuesta de Tesorería: La anulación del alta en el RGSS (tema de calificación jurídica) sería impugnable ante la jurisdicción social, mientras que la devolución de cuotas (problema cuantitativo) lo sería ante el orden contencioso en concepto de «gestión recaudatoria». Mas la práctica transcurre por otro camino: El interesado suele limitarse a pedir la devolución de cuotas, la contestación de Tesorería se impugna ante los Tribunales Contenciosos y en este proceso se dirime, como cuestión previa, la de la procedencia o no de la anulación del alta.

Desde luego, si se estima que las cuotas ingresadas en el RGSS lo fueron maliciosamente, su devolución podrá ser rechazada (cfr. art. 35 del RD 716/86, de 17 de marzo). Ahora bien, si el problema se reduce a verificar si la anulación del alta es o no procedente, ¿se encon-

(51) Lógicamente se pediría sólo la diferencia entre lo ingresado en el RGSS y la cantidad (normalmente menor, si el sujeto hubiera optado por un tipo de cotización inferior) que habría procedido ingresar en el RETA.

Sobre el régimen de devolución de cuotas, cfr. arts. 42 y ss. del RD 716/86, de 17 de marzo, y arts. 31 y ss. de la OM de 23-10-86.

trará el Tribunal Contencioso mediatizado por la previa Sentencia social, que dictaminó la inexistencia de relación laboral? (52).

• El quid de la cuestión se centra en la interpretación de la excepción de cosa juzgada, que regula el artículo 1.252 del CC. A tenor de este precepto, «para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la Sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

A la luz de esta normativa, los hipotéticos defensores de la tesis negativa [la de la «no vinculación» del Juez del segundo proceso (53)] podrían aducir los siguientes argumentos:

a) Diversidad de objeto: La jurisprudencia laboral (en Sentencias cuya reiteración excusa su cita) viene afirmando que el alta (o la ausencia de alta) de un sujeto en un determinado Régimen de la Seguridad Social no es determinante para apreciar la existencia o inexistencia de contrato de trabajo. Llevando esta tesis hasta sus últimas consecuencias, cabría afirmar que ni siquiera la presencia de un pronunciamiento jurisdiccional firme en materia de Seguridad Social condiciona la discusión sobre la existencia de relación laboral (a efectos de despido o de reconocimiento de la prestación por desempleo).

Y a la inversa: Una decisión relativa al carácter laboral de una relación dictada en sede de despido o desempleo no prejuzgaría la solución del problema de Seguridad Social.

b) Diversidad de sujetos: Sólo en las hipótesis tasadas que contempla el párrafo II del artículo 1.252 del CC se admite, excepcionalmente, la eficacia de la cosa juzgada frente a terceros no litigantes. Los casos que nos ocupan no encajan en dichas excep-

(52) Redactadas estas líneas, hemos conocido la STSJ de Madrid de 27-3-90, que abre una nueva hipótesis de colisión entre fallos. Tradicionalmente la jurisprudencia venía afirmando que la responsabilidad del FGS no jugaba en lo que concierne al personal de alta dirección, que es el supuesto. Sin embargo, aquella resolución, concediendo efecto automático a la Directiva 80/987/CEE, mantiene la solución contraria. Con ello podrá plantearse la duda de si, cuando la jurisdicción laboral o contencioso-administrativa ha dictaminado que la relación que mantiene determinado sujeto con la empresa en la que presta sus servicios es laboral (siquiera especial) y el trabajador, ante la insolvencia del empresario, se dirige al FGS para reclamar las cantidades en su caso procedentes, el FGS y el Juez que revise su decisión [que será un Juez laboral (art. 2 f LPL)] se encuentran vinculados por aquella decisión. (Bajo la jurisprudencia vigente hasta ahora no se podía apreciar si el FGS rechazaba la pretensión, porque se replanteaba la laboralidad de la relación ante la condición de socio del reclamante, o simplemente porque éste era alto directivo).

(53) Las SSTs (Sala de lo Social) de 17-10-89 y 18-12-89, en un supuesto de demanda dirigida frente al FGS, mantuvieron que no vincula al Juez del segundo proceso lo decidido en una anterior Sentencia sobre despido, al no concurrir los requisitos del artículo 1.252 del CC (ni los objetivos ni los subjetivos -el FGS no fue parte en el primer proceso-).

ciones y, por tanto, todos los sujetos que no estuvieron presentes en un determinado proceso no deberían verse afectados por lo que en él se resolviera. Lo contrario supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) de quienes, sin haber estado participando en un procedimiento y sin haber podido hacer valer en él su defensa, se verían vinculados por las resultas del mismo.

c) Las decisiones adoptadas en un proceso con carácter prejudicial o incidental no pasan, en autoridad, de cosa juzgada, según una pacífica doctrina procesal (54): Aun suponiendo que el tema de la calificación de una relación como laboral tenga un significado unívoco en cualquier ámbito, habría que tener en cuenta que sólo en los procesos de despido se plantea aquella cuestión como objeto principal del proceso; en los demás casos (Seguridad Social, desempleo) la decisión adoptada al respecto no tendría efecto sobre ulteriores procesos.

- La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este tipo de cuestiones más que en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS de 21-1-84 y de 16-10-89, que se refieren a la hipótesis (ii) en su segunda variante: Ambas resoluciones confirman que la calificación de una persona, como trabajador por cuenta ajena, emitida por los Tribunales sociales (concretamente, en un proceso sobre despido) no puede ser revisada posteriormente por los órganos del orden contencioso en un procedimiento relativo a Seguridad Social; ello significa que si la Inspección levantó actas de liquidación e infracción a la empresa a causa de la falta de cotización en el RGSS del trabajador en cuestión, el Tribunal contencioso, para no incurrir en contradicción con la Sentencia social, debe confirmar tales actas.

La fundamentación de la Sentencia de 16-10-89 es especialmente interesante: El TS se inspira en la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 158/85, de 25 de noviembre, a cuyo tenor «si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución» (55). Ahora bien, el TS es más audaz que el TC, pues el segundo señaló que no se trata «de que una jurisdicción haya de aceptar de forma mecánica lo dicho por la otra, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada», mientras que el primero parece autovincularse a dar por correcta la calificación hecha por el Juez precedente. Quizá influyó en ello el hecho de que en el supuesto enjuiciado por el TS la Sentencia originaria procedía de la jurisdicción laboral, quien «actuó en el ámbito de su competencia específica», en tanto que la contencioso-administrativa «lo hacía en relación con una materia en

(54) Cfr. V. Cortés Domínguez, en la obra de Varios Autores «Derecho Procesal ...», *cit.*, págs. 494 y 495.

(55) El TS reconoce que, cuando la Sentencia del orden social declaró la existencia de una relación laboral, realizó una calificación jurídica y no una simple afirmación o negación de hechos, mas advierte que esa conclusión «debía operar a otros efectos (los de repercusión en el Sistema de la Seguridad Social) como pura situación de hecho y no ya como cuestión jurídica».

principio excluida de su ámbito jurisdiccional por el artículo 2 a) de su ley rectora, y cuya competencia decisoria sólo le incumbía, sin embargo, a los meros efectos prejudiciales».

• Ahora bien, ¿esta solución puede extenderse a los demás supuestos descritos? A nuestro juicio, el argumento a) es claramente rechazable; en cambio, las objeciones c) y b) son difíciles de rebatir, si bien su alcance debe ser objeto de restricciones. Analicemos estos puntos:

- a) A nuestro entender, en todos los ejemplos que exponemos en los apartados (i) a (iv) los órganos judiciales se enfrentan a un objeto común, a saber, el carácter laboral o no del título en virtud del cual el socio que presta sus servicios a la sociedad, y dicho problema debe recibir una solución unívoca con independencia del contexto en el que se discuta (Seguridad Social, despido o desempleo) y del orden jurisdiccional que conozca de la controversia (social o contencioso-administrativo).

Es claro que la normativa sobre desempleo se apoya en el concepto de relación laboral que contiene el ET. También es obvio que todo trabajador dependiente que merece tal calificación a la luz del ET deberá integrarse en el RGSS (o en uno de los Regímenes Especiales distintos del RETA). La polémica surge sólo en el sentido inverso, dado que, como hemos advertido reiteradamente, el RGSS tiene un campo de aplicación superior al del ET (el RGSS protege, mediante asimilación, a sujetos que no son trabajadores por cuenta ajena). Ahora bien, como hemos manifestado también repetidas veces, en las hipótesis que analizamos presuponemos que la adscripción al RGSS se ha producido, no por vía de asimilación, sino en aplicación de la regla general del artículo 61. 1 de la LGSS que integra en dicho Régimen a los trabajadores por cuenta ajena. [Recordemos que, en lo que concierne a los altos cargos, la asimilación que realizaba el apartado 2 a) del art. 61 ya no es tal; se trata de una inclusión meramente declarativa y no constitutiva, porque primero la LRL y luego el ET (completados por el RD 1382/85) han pasado a considerar a tales sujetos como trabajadores dependientes, si quiera especiales]. Pues bien, el artículo 61. 1 de la LGSS no contiene un concepto específico de trabajador por cuenta ajena, sino que es una norma incompleta, cuyo contenido debe integrarse con ayuda, lógicamente, del ET (56). Ciertamente, a la hora de negar el carácter de trabajador por cuenta ajena a las personas ligadas al empresario por determinados vínculos de parentesco, el artículo 1. 3 del ET y el artículo 7. 2 de la LGSS presentan algunas diferencias -casi despreciables- (57), mas en todo caso esa exclusión no tiene relevancia en los supuestos que nos ocupan, en los que el empresario es social.

Hay que tener en cuenta también que en la jurisprudencia citada al exponer el argumento a), latía la idea de que una simple decisión administrativa (de la TGSS, al decretar un alta en el

(56) En contra, P. Gete Castrillo, *op. cit.*, pág. 1.310.

(57) Cfr. CISS de Seguridad Social, vol. I, págs. 35 y 36.

RGSS o en el RETA) no puede zanjar de forma definitiva una controversia cuya resolución tienen atribuida los órganos jurisdiccionales. Mas, en los ejemplos que nos ocupan, medió una Sentencia judicial, lo que hace inaplicable aquella jurisprudencia.

b) El argumento b) es ciertamente difícil de rebatir. Mas pensamos que su alcance debe ser matizado en el siguiente sentido: Cuando en ambos procesos compareció un ente administrativo (Administración laboral, TGSS o INEM), y es uno de ellos el que hace valer la tesis de la indefensión (para eludir la aplicación del primer fallo), tal alegación es, en nuestra opinión, infundada: Aunque esas entidades ostenten personalidades jurídicas formalmente independientes, no dejan de ser, en un plano material, emanaciones del Estado y, por ende, lo que se decide frente a una debe afectar a la otra. (La personalidad diferenciada de las distintas entidades públicas es una ficción jurídica, útil a diversos efectos, pero que no debe defenderse hasta sus últimas consecuencias, so pena de cometer graves injusticias).

c) A nuestro juicio, la distinción entre cuestión incidental y cuestión principal no debe atender a la posición que ocupa cada problema dentro del razonamiento lógico (conforme a esa tesis, resultaría que incluso en el propio proceso sobre despido la calificación de la relación como laboral no alcanza fuerza de cosa juzgada, ya que el objeto último del procedimiento es en realidad determinar si la extinción del contrato tuvo o no una justa causa), sino a un criterio de competencia judicial: Como dice la STS de 16-10-89, la sede natural para discutir si una relación es laboral es la jurisdicción social; si, por razones diversas de oportunidad (o, si se nos permite la expresión, de arbitrariedad) legislativa, el orden contencioso tiene atribuida la facultad de revisar las liquidaciones y sanciones en materia de cotización a la Seguridad Social y, al hacerlo, ha de pronunciarse sobre si el asegurado es o no un trabajador por cuenta ajena, dicho orden deberá respetar los eventuales fallos que al respecto hubieran dictado los Tribunales sociales, no sólo en procesos de despido, sino también en los de desempleo y, por supuesto, en los de Seguridad Social; es más: La misma solución cabe aplicar en casos de concurrencia de Sentencias sociales, pues en ellos, ambos órganos judiciales (el que conoció y el que ha de conocer) gozan de competencia «natural» y, ante esa igualdad de condiciones, parece que debe prevalecer -a fin de evitar contradicciones sangrantes para el justiciable- el fallo del Tribunal que se adelantó en el tiempo.

• No nos atrevemos a ir más allá de estas matizaciones (58): Si falla cualquiera de las condiciones que hemos enunciado (ya sea porque la parte que estuvo ausente del primer proceso no era un ente público al que pueda considerarse «representado» por otra entidad también pública, o porque el primer fallo procede del orden contencioso-administrativo) parece que la aplicación de la cosa juzgada violentaría los principios que la regulan.

Hemos de apuntar, sin embargo, que existe una interesante STC (207/89, de 14 de diciembre) que salva tales escollos en un supuesto no idéntico, pero sí similar a los que nos ocu-

(58) Naturalmente, la validez de las anteriores conclusiones depende de que los hechos y circunstancias que sirvieron de base a la resolución originaria no hayan sufrido variaciones relevantes: En la medida en

pan: La recurrente en amparo había causado baja en su empresa por enfermedad común, pasando a situación de Incapacidad Laboral Transitoria primero e Invalidez Provisional después. Agotadas estas situaciones por el transcurso del plazo máximo legalmente establecido, la trabajadora instó del INSS prestación de Invalidez Permanente Total. El INSS declara a la recurrente en la situación de invalidez solicitada, pero sin derecho a las prestaciones económicas, al no acreditarse el período mínimo de cotización legalmente exigido. Disconforme con ello, entendiendo ahora que no se encontraba en situación de invalidez permanente en ninguno de sus grados, la recurrente impugnó la decisión administrativa ante la Magistratura de Trabajo, la cual estimó la demanda y revocó la decisión del INSS. La empresa, sin embargo, denegó verbalmente la petición de reincorporación al trabajo de la recurrente, ante lo cual ésta presentó demanda por despido. El TCTr entiende que la cosa juzgada material de la Sentencia dictada en el proceso sobre invalidez no puede vincular a la empresa, que no fue parte en dicho procedimiento, pues las acciones objeto de las Sentencias se identifican no sólo por su contenido, sino también por los sujetos (art. 1.252 del CC); de este modo, al no existir una declaración de aptitud que afecte a la empresa, ésta no tenía obligación de aceptar la reincorporación al trabajo de la actora y no existió, por tanto, despido.

El TC anula el fallo del TCTr al considerar que lo que produciría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (del trabajador) sería el privar de aplicación a la Sentencia dictada en el contencioso sobre Seguridad Social: Dicho fallo «había de producir todos los efectos de la cosa juzgada material, tanto su efecto negativo o de imposibilidad de volver a someter dicha declaración negativa de incapacidad a un ulterior proceso y prohibición de obtener otra resolución sobre el mismo objeto (*non bis in idem*), como su efecto positivo, conforme al cual el Juez posterior ha de partir necesariamente de dicha declaración judicial cuando haya de decidir sobre una pretensión de la que sea elemento prejudicial lo ya juzgado». El Tribunal supera la objeción de la diversidad de partes presentes en uno y otro procedimiento mediante el siguiente argumento: La cosa juzgada del primer fallo produce «efectos colaterales o reflejos» en el contrato de trabajo por imperativos de la ley, que anuda a la declaración de incapacidad permanente la extinción del contrato de trabajo (art. 49. 5 ET), a la de la provisional la suspensión de la relación laboral [art. 45 c) ET], y a la declaración judicial de aptitud la reincorporación al trabajo (art. 48. 1 ET). El artículo 1.252 del CC no pudo prever la totalidad de hipótesis de «extensión de los límites de los efectos reflejos de la cosa juzgada a terceros»; «los artículos

que -en el momento de dictarse el segundo fallo- aparezcan nuevos elementos de juicio que puedan justificar un cambio de criterio, éste será factible. Tal sucederá, por ejemplo, cuando el trabajador ha adquirido con posterioridad a su inclusión en el RGSS, una participación social mayoritaria que diluye el carácter laboral de la relación (o viceversa). Este razonamiento se suele utilizar en el ámbito de las relaciones entre las jurisdicciones penal y civil: *Prima facie*, los Tribunales civiles reconocen que si una Sentencia penal ha dictaminado que determinados hechos existían o no existían, no puede una Sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir los posibles errores o deficiencias de la primera; no obstante, sí se admite que la Sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que en ella no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta [cfr., *ad exemplum*, SSTS (Sala 1) de 27-1-81, 13-5-85 y 21-1-88].

45. 1 c), 48. 1 y 49. 5 ET constituyen otros tantos supuestos ..., con los que hay que integrar la declaración contenida en el referido artículo 1.252 del CC (59)».

¿Cabría aplicar analógicamente la anterior doctrina a las hipótesis que estudiamos? ¿Si, por ejemplo, la jurisdicción social, o incluso la contencioso-administrativa, dictaminó que determinado sujeto debía integrarse en el RGSS en razón de su condición de trabajador por cuenta ajena, tal calificación produce «efectos colaterales o reflejos» en un ulterior proceso sobre despido o desempleo (frente a la empresa o frente al INEM)?

V. BIBLIOGRAFIA

- M. R. Alarcón y S. González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, 2.ª Edición, Tecnos, Madrid, pág. 126.
 - M. Alonso Olea y J.L. Tarturo Plaza, *Instituciones de Seguridad Social*, ed. Cívitas, 11 Edición.
 - E. Borrajo Dacruz, *El personal de alta dirección en la empresa, Comentarios a las Leyes Laborales*, II, EDERSA, Madrid, 1987.
- «La nueva regulación de la relación laboral especial del personal de alta dirección» (dentro de la obra colectiva *Las Relaciones Laborales de carácter especial*. Documentación laboral, revista publicada por la Asociación de Cajas de Ahorro para relaciones laborales, número monográfico de diciembre de 1985).
- Altos cargos laborales*, Madrid 1987.
- V. Conde Martín de Hijas, «La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa: concurrencia y conflictos», Conferencia pronunciada en Sevilla en un Seminario organizado por la Federación Empresarial de la Industria Eléctrica.
 - L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 4.ª Edición, ed. Tecnos, Madrid, 1984.
 - F. Durán López, «Informe acerca de la relación laboral especial de alta dirección: Director General de la Caja de Ahorros», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, págs. 826 y ss.
 - M. F. Fernández y M. Rodríguez-Piñero, «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el RD 1382/85» (I y II), *Relaciones Laborales*, 1988, tomo I, págs. 169 y ss.

(59) Quizá cabría reconducir esta idea, no al artículo 1.252 del CC («*extensión* de la cosa juzgada a otras personas»), sino a la figura de la «*eficacia* contra terceros de la cosa juzgada» (*Drittwirkung der Rechtskraft*, para la doctrina alemana que la ha individualizado). Cfr. al respecto L. Prieto-Castro, *op. cit.*, págs. 802 y 803.

- P. Gete Castrillo, «La protección por desempleo del personal de alta dirección», *Relaciones Laborales* 1986, tomo II, págs. 1.306 y ss.
- J. Muñoz Campos, «El concepto de trabajador directivo en la jurisprudencia y en el RD 1382/85», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo I, págs. 123 y ss.
- B. Pendas Díaz, «El ámbito subjetivo de la relación laboral especial del personal de alta dirección a la luz de la jurisprudencia» (dentro de la obra colectiva *Las Relaciones Laborales de carácter especial*, Documentación laboral, revista de la Asociación de Cajas de Ahorro para relaciones laborales, número monográfico de diciembre de 1985).
- R. Pradas Montilla, «La relación laboral especial del personal de alta dirección» (dentro de la obra colectiva *Las Relaciones Laborales de carácter especial*, Documentación laboral, revista publicada por la Asociación de Cajas de Ahorro para relaciones laborales, número monográfico de diciembre de 1985).
- L. Prieto-Castro, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, (2.^a edición), ed. Aranzadi, Pamplona, 1985.
- M. Rodríguez-Piñer, «El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo I, págs. 144 y ss.
- T. Sala Franco, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, ed. Deusto, Bilbao, 1990, pág. 32.
- J. Sánchez Fierro, «Seguridad Social y directivos de empresa», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, págs. 212 y ss.
- M. Sánchez García, «Alcance de la exclusión del ámbito laboral de consejeros o miembros de los órganos de administración de sociedades», *Revista Tapia*, número 49 (diciembre de 1989).
- J. Serra Callejo, «La arbitrariedad en la aplicación judicial de la ley. El valor del precedente», *La Ley* número 2364/1989.
- A. R. Tinit, «Il dirigente d'azienda nell'ultimo decennio», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, págs. 1.126 y ss.
- P. Tosi, «Reflexiones sobre la alta dirección», *Relaciones Laborales*, 1986, tomo II, págs. 1.159 y ss.
- P. Tosi, «Il dirigente d'azienda», Milano, 1974, págs. 132 y ss.
- G. Vidal Carruana *El alto directivo. El contrato laboral especial*, ed. Consejeros laborales e información social, S.A., Madrid, 1987.
- VVAA, *Derecho Procesal*, tomo I, vol. I, Parte general, *Proceso Civil* (1), ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1986.
- CISS de Seguridad Social, vol. I «Afiliación».