

REGULACIÓN DEL ENCUADRAMIENTO EN LOS REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES Y SOCIOS TRABAJADORES

Josep Clavera Bachero

Profesor Mercantil

Miembro de la AEDAF

SUMARIO

1. ALCANCE.
2. DEFINICIÓN CONCEPTUAL.
3. ANTECEDENTES.
4. MODIFICACIONES DE LA LEY 66/1997 DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.
5. DERECHO TRANSITORIO Y RETROACTIVIDAD.
6. GESTIÓN.
7. DOCTRINA ADMINISTRATIVA.
8. CUESTIONES CONEXAS.
9. CONCLUSIONES.

1. ALCANCE

El presente trabajo, que tiene su origen en la ponencia presentada en las Jornadas de estudio de las leyes 65/97 y 66/97 celebradas en Barcelona, está pensado en el desarrollo de un tema básicamente del ámbito del derecho laboral y de la seguridad social, dirigido a profesionales del derecho tributario, y por ello, se delimita a un restringido desarrollo práctico de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, referente al encuadramiento de los administradores y socios trabajadores de sociedades capitalistas, renunciando a cualquier veleidad doctrinal que superaría nuestros límites personales.

Y precisamente al centrarnos dentro de tales límites se hace necesario precisar los conceptos que, con mejor o peor acierto jurídico, maneja la praxis laboral y social, los cuales sorprenden, en más de una ocasión, a quien se maneja dentro del ámbito mercantil y tributario.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

***Sociedades capitalistas.**- La doctrina ha venido clasificando como a tales las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. También hay que considerar como a tales las sociedades en comandita de carácter mixto, personales y capitalistas. Es un concepto didáctico que sin embargo no se encuentra en el derecho positivo mercantil, pero que, sin embargo, lo encontramos en las leyes de la seguridad social ya anteriores a la 66/1997 de 30 de diciembre.

Quedan excluidas por consiguiente:

-Las sociedades colectivas y los socios colectivos de las comanditarias, cuyo encuadramiento viene expresamente regulado por el artículo 3º, c) del Decreto 2530/70 de 20 de agosto.

-Las Cooperativas que podrán optar por el régimen que deseen, según la D.A. cuarta de la Ley General de la Seguridad Social.

-Las Sociedades Laborales podrán también hacer opción al encuadramiento en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 4/1997 de 24 de marzo de Sociedades Laborales.

-Las Sociedades Agrarias de Transformación siguen el régimen de las Cooperativas con opción del régimen.

-Las Asociaciones no se comprenden dentro de la normativa estudiada por cuanto los asociados como tales no pueden ser trabajadores.

***Personal alta dirección:** Empleados vinculados por una relación laboral de carácter especial regulado por el Estatuto de los Trabajadores (Artículo 2.1.a) y desarrolla-

do por el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto, que define al personal de alta dirección de la siguiente manera: "...*aquellos trabajadores que ejercitan 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. 1º.2). El texto del R.D. 1382/85 delimita el concepto por exclusión de los funcionarios públicos, de las prestaciones personales obligatorias, de la "actividad limitada, pura y simplemente, por el mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo", de los trabajos realizados a título de buena vecindad, de los trabajos familiares, de los intermediarios que respondan del buen fin de la operación y en general de todo trabajo que se efectúe en desarrollo de una relación distinta a la laboral (Art.12º .3 del RD . con remisión al art. 1º . 3 del ETT.).

El texto del RD1382/85 que regula la relación laboral especial de los altos directivos no es precisamente muy inteligible, puesto que mientras predica que ejerza los poderes inherentes (o sea, unidos, que no se pueden separar) a la titularidad jurídica de la empresa, requiere que de tales poderes se puedan excluir aquellos por los que no recibe criterios e instrucciones directas emanadas de un órgano superior de gobierno de la titularidad de la empresa.

Dos elementos distinguen el "alto directivo" del "personal laboral común": Primero, el ejercicio el de los poderes relativos a los objetivos generales de la empresa, o sea que no basta con ejercer poderes de representación o de ejecución en una área limitada de la empresa; y el segundo, que tales poderes se ejerzan con autonomía y plena responsabilidad", se trata de que se ejerzan realmente poderes, no que se detenten poderes¹.

La jurisprudencia ha venido precisando que lo que caracteriza la relación laboral especial del personal de alta dirección es la participación en la "toma de decisiones" en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial; que el personal de alta dirección ha de actuar con poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa y a sus objetivos generales y con plena autonomía y responsabilidad². Pero recientemente la jurisprudencia ha ido excluyendo del concepto de personal de alta dirección a quienes reuniendo todos los anteriores requisitos no reunan el de "ajeneidad", o sea que

¹ "La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas". Tomás Sala Franco. Ed.Deusto, 1990, pag. 28

² "Socios, administradores y altos cargos de la empresa". Jordi Puigbó Oromí. ICAD, 1993, pag. 85.

al poseer un "control efectivo de la sociedad" no tienen relación "laboral" de ningún tipo con la empresa.

Gerentes.

Empleado que ostentando poderes o sin ellos, realiza alguna tarea de alta dirección. Lo define el artículo 283 del Código de Comercio como sinónimo de "factor". La anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitadas también empleaba el término como sinónimo de Administrador. El empleo del término no presupone una relación laboral especial de alta dirección sino que hay que profundizar en las funciones que realmente realiza, ya que, en muchos casos, se trata de una simple etiqueta de prestigio de un empleado con relación laboral normal.

Administradores pasivos.

Entendemos por "administradores" en general, los miembros de los órganos de administración de las Sociedades capitalistas y de otras Entidades. Es un concepto claramente elaborado por el Derecho mercantil y puede ostentar diversas formas: individual (administrador único o solidario), mancomunado o colegiado formando parte del Consejo de Administración.

Ostentan *"la representación de la Sociedad, en juicio o fuera de él"* (Art. 128 LSA y 62 de la LSRL), *"la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado por los Estatutos"* (Art. 129 LSA y 63 LSRL). Y, puesto que a un administrador no se le pueden limitar sus facultades, es improcedente calificar a ninguno de *"pasivo"*.

En el orden laboral se viene calificando de *"pasivo"* a aquel administrador comprendido en la exclusión del ámbito de las relaciones laborales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, en el apartado 3.c) del artículo 1º de dicho Estatuto: *"c).- La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo"*. Una vez más el uso del término *"inherente"* crea contradicciones o confusiones, puesto que de acuerdo con la normativa mercantil están unidas de forma inseparable todas las facultades de la empresa a sus órganos de administración. Según Efrén Borrajo hay que salvar hasta cinco trabas para que se acepte la restricción de laboralidad de los Administradores: *"Limite, pura, simplemente, mero y sólo"*.

³ "Socios trabajadores y administradores de sociedades de capital en el Sistema de la Seguridad Social". Actualidad Laboral, número 29. Noviembre 1997, pag. 962, referencia LII.

El Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia de la Sala de lo Social de 29 de enero de 1997, que añadió leña al fuego al conflicto de las relaciones con los administradores dice: *"Parece claro, a simple vista, que esta excepción o exclusión se refiere a lo que los estudiosos de las sociedades por acciones llaman consejeros externos y consejeros no ejecutivos, cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente, a la participación en las reuniones de los consejos de administración. Dicha excepción o exclusión legal no abarca, en cambio, a los administradores sociales, también llamados consejeros ejecutivos, que atienden al Gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios". A lo que llevó a un comentarista a decir "Si la aparente claridad a simple vista se sobrepone una detenida reflexión jurídica, quizá se alcance ver los factores problemáticos ..."*⁴

En opinión de nuestro compañero D. Tomás Marcos Sánchez, en su magnífico y reciente trabajo (Informe 28/98, entrega número 6, junio 1998 de "Temas tributarios de actualidad" publicado por AEDAF), después de la D.A. 43ª de la Ley 66/97, objeto del presente escrito, la figura de los "administradores pasivos" ha devenido un concepto jurídico perfectamente consolidado, a cuyo criterio no nos adherimos, atendiendo a la autonomía del derecho de la seguridad social y el conflicto que tal figura originaría en sede del derecho mercantil.

Administradores activos.

En contraposición con los anteriores son lo que en la práctica cotidiana atienden al Gobierno permanente de la sociedad, realizando actividades ejecutivas.

Socios-trabajadores

Concepto híbrido entre el orden mercantil y el laboral, que se ha ido incorporando al Derecho de la Seguridad Social, a raíz de la contradictoria jurisprudencia originada básicamente por las prestaciones de subsidio de paro.

Salvo en las instituciones también híbridas tales como "Cooperativas de Trabajo Asociado" y "Sociedades Laborales", no existe un concepto jurídico de socio-trabajador.

Es cierto que el concepto vulgar es suficientemente claro: Personas que ostentan la titularidad o forman parte de una sociedad y que a su vez trabajan (ha de sobreentenderse en la misma sociedad). Pero la busca de un concepto jurídico ya presenta más problemas, puesto que, dentro de los límites que nos hemos impuesto, las "sociedades

⁴ "Administradores societarios: inclusión en el RETA". Vicente Conde Martín de Hijas. Actualidad Laboral número 4. Febrero 1988, pag. 223, referencia 99.

capitalistas" denominan de forma distinta a sus socios: la ley de Sociedades Anónimas los denomina "accionistas"; la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, partícipes y únicamente el 146 del Código de Comercio, referente a las sociedades en comandita les denomina "socios" pero con el inseparable calificativo de "comanditarios", en realidad no es este el problema, sino el que salvo que se dé el supuesto de los artículos 36, segundo párrafo, del TRLSA o de los artículos 22 al 25 de la LSRL, referentes a las prestaciones accesorias, los accionistas y partícipes, como tales, no prestan trabajo alguno a la empresa. Y, en el supuesto de que lo presten, la relación laboral nacerá entre la persona física que realice el trabajo -sea o no socio- y la persona jurídica empleadora, naciendo por ello una relación laboral que puede ser común o especial. Por ello, cabe asegurar que el concepto nace dentro del Derecho de la Seguridad Social, completamente autónomo del laboral y del mercantil y que se podría definir como "el trabajador que ostenta un control efectivo de la sociedad en los términos que define la Ley General de la Seguridad Social".⁵

13 ANTECEDENTES

Desde los primeros albores de la Seguridad Social, la afiliación a la Seguridad Social de los Administradores y socios trabajadores ha sido motivo de conflicto y polémica. En el Régimen de Subsidios Familiares del año 1918 ya se suscitó el problema, resucitado en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, donde ya se inició una clasificación entre profesionales de Alto Gobierno y profesionales de Alto Consejo. Pero, a pesar de los conflictos que van resolviendo las distintas jurisdicciones, existe hasta 1991 cierta praxis pacífica por la que se considera que siempre existe relación laboral entre los Administradores y las Sociedades, cuando ejercen funciones de alta dirección remunerada o no y no se tienen delegada total o parcialmente tales funciones a uno o varios Gerentes. A modo muy práctico se seguía la regla: En cada empresa ha de existir un empleado con Tarifa 1 de la escala de la tarifa de bases de cotización de la Seguridad Social (Gerente), y si no existe, se presume que ejerce sus funciones y ha de estar afiliado en el Régimen General de la Seguridad Social el Administrador o Consejero Delegado. El criterio de las "gorras" era pacífico: Si se va con la "gorra" de Administrador, se representa a un órgano societario y por consiguiente la relación es mercantil, pero si se pone la "gorra" de Gerente o de cualquier otro cargo, se es un empleado con relación laboral. Toda persona puede poseer dos gorras intercambiables. El criterio jurisprudencial venía a ser: *"aquellos que actúen como administradores, directores o gerentes de una sociedad anónima, aunque sean socios de la misma e incluso tengan carácter familiar y desarrollen funciones que no contradigan exclusivamente a las propias de los consejeros, han de considerarse que prestan servicios por cuenta ajena pues repercuten en fa-*

⁵ Disposición adicional 27ª TRLGSS aprobado por R.D. legislativo 1/1994 de 20 de junio.

*vor de una persona jurídica distinta y como tales quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social*⁶.

Comoquiera que el Subsidio de desempleo, es una prestación más del Régimen General de la Seguridad Social⁷, se agudizan los problemas; cada día más Administradores cotizan en el Régimen de la Seguridad Social y con mayor frecuencia se deniega la prestación a los Administradores y socios que la solicitan por el hecho de haber cotizado durante años para cubrir tal contingencia.

En 1991 los Tribunales de Justicia van girando su doctrina a favor de que los Administradores sociales, si bien han de estar afiliados al sistema de la Seguridad Social deben estar encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), doctrina que interpretada de forma sesgada por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social da origen a la Resolución de 22 de junio de 1992, desarrollada con posterioridad por otra Resolución de fecha 14 de diciembre de 1993 y por las Circulares de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1992 y 20 de diciembre de 1993. Se desarrollan los criterios de "subordinación" y "ajeneidad" para determinar el régimen de encuadramiento y se van desarrollando los conceptos de "administrador activo" y de "control efectivo de los socios trabajadores".

Después de la conmoción de los años 1992 y 1993, donde se produjo un masivo cambio de encuadramiento de los Administradores, en 1996 Jurisprudencia contradictoria vuelve a armar revuelo y cuya doctrina podemos clasificar en:

-Doctrina de exclusión del sistema de la Seguridad Social a los Administradores: Sentencias del TS (Social) de 4, 6 y 12 de junio de 1996; 17 de julio de 1996 y 24 de enero de 1997.

-Doctrina de inclusión de los Administradores al RETA: Sentencias del TS (General) de 29 de enero de 1997, 30 enero, 6 febrero, 4 marzo, 14 abril, 26 de mayo y 3 de julio de 1997 de la Sala de lo Social y 23 mayo, 15 julio y 19 de septiembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

También ha sido contradictoria la doctrina jurisprudencial en relación con los socios trabajadores, haciendo notar que en una muy reciente Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 1998 (dictada con posterioridad a la ley 66/1997) declara la *"existencia de relación laboral entre el ahora recurrente y la*

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de febrero de 1990, de 25 de octubre de 1990, de 28 de diciembre de 1990 y 18 de febrero de 1992.

⁷ Título III Ley General de la Seguridad Social.

sociedad anónima para la que había prestado sus servicios y percibiendo retribución hasta la extinción de la relación..." a pesar de que "...poseyendo el 12,50% de las acciones y estando el resto del capital en poder de su familia compuesta por padre, tíos y hermano" y en consecuencia le da derecho al subsidio de paro. En la propia Sentencia antes citada se hace referencia a la del mismo Tribunal de 19 de diciembre de 1997 en la que se afirma "cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de "parientes del empresario" a efectos de excluir a determinadas personas de la condición de trabajadores por cuenta ajena".

La Ley 27/1997 de 15 de julio de "Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social" sale al paso de la confusión generada, con una disposición adicional segunda (como no podía ser menos) y solemnemente se promulga: "*Por todo el ejercicio 1997, el Gobierno procederá a regular el encuadramiento de los socios trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas dentro del sistema de Seguridad Social*". El Gobierno y el propio Órgano Legislativo, como cualquier hijo de vecino, cumple su obligación el último día que se le había señalado.

En este punto, antes de iniciar el estudio de las modificaciones que introduce la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, creemos que es conveniente hacer una recopilación de la situación "de hecho" a 31 de diciembre de 1997, mediante la siguiente tabla:

TABLA 1 SITUACION ANTES LEY 66/1997

Participación	Consejeros pasivos	Consejeros activos	Consejero delegado con Gerente	Administradores con Gerente	Consejero delegado	Administradores	Gerentes	PAD	Personal RLC	Ninguna relación
P=0	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RETA	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RGSS	Relación mercantil RGSS	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
0<P<25%	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RETA	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RGSS	Relación mercantil RGSS	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
25%<P<33,3%	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RETA	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RGSS	Relación mercantil RGSS	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
33,3%<P<50%	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RETA	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RGSS	Relación mercantil RGSS	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
50%<P<100%	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RETA	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil No afiliado SS	Relación mercantil RGSS	Relación mercantil RGSS	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS

PAD
RLC
RETA
RGSS

Personal alta dirección
Relación laboral común
Régimen especial trabajadores autónomos
Régimen General Seguridad Social

4. MODIFICACIONES DE LA LEY 66/1997 DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997

No es necesario insistir en la falta de rigor jurídico que se deriva de la llamada Ley de acompañamiento, la cual alcanza límites kafkianos. Ciñámonos a la norma que hay que localizar en la **Disposición Adicional cuadragésima tercera, que consta de tres apartados.**

El apartado uno da nueva redacción al artículo 7.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y cuyo artículo 7, me permito a transcribir íntegro, remarcando, el texto añadido:

Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social.

Artículo 7º.- Extensión del campo de aplicación.- 1.- Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sean su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

*a).- Trabajadores por cuenta ajena **que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores**⁸ en las distintas ramas de actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.*

b).- Trabajadores por cuenta propia o autónomos sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente .

c).- Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

d).- Estudiantes

e).- Funcionarios públicos, civiles y militares. "

2.- A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consaguinidad o afini-

⁸ El artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores dice: "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

dad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

El apartado segundo de la Disposición adicional cuadragésima tercera modifica los apartados a) y k) del apartado 2 del artículo 97 de la Ley General de Seguridad Social.

Transcribimos también literalmente todo el texto del artículo 97, a efectos de centrar la modificación dentro de su contexto:

TITULO II

REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CAPITULO PRIMERO.-"Campo de aplicación"

Art. 97.- Extensión.- 1.- Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7º de la presente Ley.

2.- A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

a).- El personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2º.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, **siempre que no forme parte del órgano de administración social desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad"**

k).- Los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas que no formen parte del órgano de administración de las mismas con funciones de dirección y gerencia, cuando ni por su participación, directa o indirecta en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad".

l).- Cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de la asimilación prevista en el apartado 1 de este artículo.

Finalmente el apartado tercero introduce una nueva disposición adicional al texto refundido de la Ley de Seguridad Social y que es la siguiente:

Disposición adicional vigésimo séptima.-

1.- Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos:

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

b).- Los administradores sociales a que se refiere el apartado anterior, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social.

c).- Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directo o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. Se entenderá en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos la mitad del capital social.

A efectos de aplicar lo dispuesto en la letra c) anterior, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee un control efectivo de la sociedad, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª.- Que al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios, esté distribuida entre socios, a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consaguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2ª.- Que cualquiera que sea su porcentaje de participación en el capital social, se trate de empresas en las que únicamente presten servicios quienes tengan la condición de socios, constituyendo la aportación de trabajo para la entidad, título necesario para el reparto de ganancias sociales.

3ª.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

4ª.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tien atribuido el ejerciciod e funciones de gerencia y dirección de la sociedad, cuando en la empresa presten servicios personas que no tengan la condición de socios.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2.- No están comprendidos en el sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3.- Se considerarán debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones por los conceptos de cotización conjunta, respecto de los trabajadores a los que se refiere el apartado 1 de la presente disposición, con anterioridad al 1 de enero de 1998, siendo de aplicación, en su caso, las normas de cómputo de cuotas entre Regímenes

de la Seguridad Social a efectos de reconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Los cambios de encuadramiento que deban efectuarse tendrán efectos desde 1 de enero de 1998, disponiendo los interesados de un plazo de un año para realizar las comunicaciones necesarias a la Administración al objeto de regularizar su situación. Transcurrido dicho plazo, los efectos del cambio de encuadramiento se regirán por lo dispuesto con carácter general en las normas reglamentarias.

4.- Lo establecido en los apartados anteriores no afectará a la asimilación establecida en el artículo 4 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969 de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar”.

Sintetizando lo que ha hecho la Ley 66/1997, se puede decir: consolidar legalmente la doctrina de cierto sector doctrinal, intentando no dejar cabos sueltos como hasta la fecha, en primer lugar mediante una remisión al artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores para circunscribir y armonizar la definición de trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la Seguridad Social; concretar que el personal de alta dirección que no forme parte del órgano de administración desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia y los socios trabajadores que no formen parte de los órganos de administración ni posean el control efectivo de la sociedad deben estar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social y finalmente precisando un conjunto de supuestos en que los órganos de administración que ejerzan funciones de dirección y en que los socios trabajadores que posean el control efectivo de la sociedad deben estar encuadrados en el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Se pretende mediante la enumeración de una compleja casuística y del establecimiento de presunciones *iuris tantum* reconducir a la afiliación en los distintos regímenes de la Seguridad Social a los consejeros, administradores y socios trabajadores, recogiendo el sentido de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo especialmente la de la Sala General de 29 de enero de 1997, dictada en unificación de doctrina.

Los socios trabajadores han de encuadrarse al RETA cuando concurren cualquiera de las cuatro presunciones que determina la Ley y que admiten prueba en contrario, recayendo la carga de la prueba en el asegurado socio trabajador, pero además también “en los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores”, pero recayendo entonces la carga de la prueba sobre la Administración.

Durante el periodo de vigencia de la nueva normativa ya se han producido serias discrepancias de interpretación, por ejemplo, la suscitada en el supuesto de trabajado-

res no socios pero vinculados familiarmente con más del 50% del capital. Una interpretación directa del artículo 1.c) de la disposición vigésimo séptima del Texto Refundido de la Ley General de Seguriad Social puede hacer llegar a la conclusión de que el trabajador por el solo hecho de tener una vinculación familiar con el 50% del capital ha de encuadrarse en el RETA; sin embargo, si se parte de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre que es el génesis de la D.A. 27 de la L.G.S.S., la norma se refiere exclusivamente a "*socios trabajadores y miembros de los órganos de administración*", por lo que la condición necesaria para el encuadramiento en el RETA es de que sea socio (una sola acción bastaría); aunque, también sería posible el encuadramiento, siempre y cuando la Administración -y solamente ella- pudiera demostrar que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad, (he empleado el segundo criterio en la confección de la tabla). Otro ejemplo de conflictividad ha sido el encuadramiento en el RETA de los representantes de personas jurídicas que ostentan el cargo de administradores, cuya vinculación está con su representada, pero no con la sociedad en la que aquella representada ejerce el cargo de administrador ejecutivo .

La situación antes descrita en la tabla 1 pasa por imperativo de la Ley 66/1997 a la que se describe a continuación:

TABLA 2 SITUACION DESPUÉS LEY 66/97

Suposición	Consejeros pasivos	Consejeros activos	Consejero delegado con Gerente -No retribuido-	Administradores con Gerente -No retribuido-	Consejero delegado	Administradores	Gerentes	PAID	Personal RLC	Ninguna relación
Participación	No retribuidos								RLC	
P=0	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil laboralizada	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
	No afiliado SS	RETA	No afiliado SS	No afiliado SS	RETA	RETA	RGSS	RGSS	RGSS	
0<P<25%	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil laboralizada	Relación laboral RGSS	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
	No afiliado SS	RETA	No afiliado SS	No afiliado SS	RETA	RETA	RGSS	RGSS	RGSS	
25%<P<33,3%	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil laboralizada	Relación laboral RETA	Relación laboral especial RETA	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
	No afiliado SS	RETA	No afiliado SS	No afiliado SS	RETA	RETA	RETA	RETA	RGSS	
33,3%<P<50%	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil laboralizada	Relación laboral RETA (1)	Relación laboral especial RETA (1)	Relación laboral común RGSS	No afiliado SS
	No afiliado SS	RETA	No afiliado SS	No afiliado SS	RETA	RETA	RETA (1)	RETA (1)	RGSS	
50%<P<100%	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil	Relación mercantil	Relación mercantil laboralizada	Relación mercantil laboralizada	Relación laboral RETA	Relación laboral especial RGSS	Relación laboral común RETA	No afiliado SS
	No afiliado SS	RETA	No afiliado SS	No afiliado SS	RETA	RETA	RETA	RGSS	RETA	

PAID Personal alta dirección
RLC Relación laboral común
RETA Régimen especial trabajadores autónomos
RGSS Régimen general Seguridad Social
 (1) Cuando los otros trabajadores no son socios
 (2) Participación directa o del grupo familiar

5. DERECHO TRANSITORIO Y RETROACTIVIDAD

El número 3 del apartado tres de la D.A. cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, tiene una redacción un tanto confusa, hay que interpretar que admite el encuadramiento en cualquiera de los regímenes con anterioridad a 1 de enero de 1998 y otorga un periodo que comprende todo el año 1998 para realizar los cambios de encuadramiento, reconociendo a efectos de prestaciones el cómputo total de las cotizaciones.

Sin embargo, queda vigente la retroactividad que estableció la Disposición adicional 9ª de la Ley General de Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, cuyo texto es el siguiente:

"Novena.- Validez, a efectos de las prestaciones, de las cuotas anteriores al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos.- Cuando, reuniéndose los requisitos para estar incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social por Cuenta Propia o Autónomos, no se hubiera solicitado la preceptiva alta en los términos reglamentariamente previstos, las cotizaciones exigibles correspondientes a periodos anteriores a la formalización del alta producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las referidas cotizaciones darán también lugar al devengo de intereses, que serán exigibles desde la correspondiente fecha en que debieron ser ingresadas, de conformidad con el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento del pago".

La disposición adicional segunda de la Ley de "acompañamiento" 66/1997, adiciona al anterior texto el siguiente párrafo:

"Lo previsto en los párrafos anteriores únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994".

cuya addenda parece limitar la retroactividad a 1 de enero de 1994.

Así pueden dar las siguientes circunstancias:

a).- El socio trabajador o administrador afectado por el encuadramiento estaba ya de alta en el RETA en 1 de enero de 1994, en cuya circunstancias no existe problema de encuadramiento alguno.

b).- El socio trabajador o administrador afectado se dió de alta en el periodo comprendido entre 1 de enero de 1994 y 31 de diciembre de 1997, en cuyo caso, no tiene problemas de encuadramiento pero se han limitado sus derechos a las prestaciones al 1 de enero de 1994.

c).- El socio trabajador o administrador afectado estaba encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social hasta 31 de diciembre de 1997. En este supuesto debe-

rá comunicar su encuadramiento al RETA durante el año 1998. Por cierto, que la práctica administrativa es de retrotraer las cotizaciones al 1 de enero de 1998, debiendo reclamar la empresa las cotizaciones al Régimen General indebidas.

d).- El socio trabajador o administrador afectado no estaba afiliado al sistema de Seguridad Social, en cuyo caso deberá darse de alta al RETA con efectos, de cotización y de prestación, desde 1 de enero de 1994.

6. GESTIÓN

Dos disposiciones más completan el cuadro de medidas de orden social de la Ley 66/1997 que afectan a los socios trabajadores y administradores, también introducidas en desconectas disposiciones adicionales:

Disposición adicional decimocuarta. Alta en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia. Los trabajadores por cuenta propia que a partir de la entrada en vigor de esta Ley soliciten el alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social y opten por acogerse a la cobertura de incapacidad temporal, deberán formalizar la misma con una Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

De igual modo los trabajadores que en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley hayan optado por la cobertura de incapacidad temporal con una Mutua, sólo podrán modificar su opción en favor de otra Mutua, en los términos previstos en los artículos 74 y 75 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995 de 7 de diciembre".

Disposición adicional decimoquinta.- Prestación económica de incapacidad temporal en determinados Regímenes Especiales. En el Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, así como para los trabajadores por cuenta propia, incluidos en los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores del Mar, los porcentajes aplicables a la base reguladora para la determinación de la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal, serán los vigentes respecto a los procesos derivados de contingencias comunes en el Régimen General".

Disposiciones que obedecen a las recientes medidas de delegación al sector privado de la recaudación y prestaciones de la Seguridad Social y de homologación de las prestaciones entre el Régimen General y el RETA.

7. DOCTRINA ADMINISTRATIVA

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, mediante Resoluciones de fechas 5, 9 y 19 de junio de 1998, ha resuelto sobre supuestos concretos de afiliación y encuadramiento de administradores, formulando la doctrina que se puede sin-

tetizar así: a). Los administradores que forman parte de Consejos de Administración que tienen delegadas las funciones ejecutivas a Consejeros Delegados, en cuanto que delegantes han de considerarse administradores pasivos y en consecuencia no deben estar afiliados a la Seguridad Social en ninguno de sus regímenes. b). Los socios administradores que desempeñan funciones de dirección y gerencia con carácter no retribuido, no procede tampoco la inclusión en Régimen alguno del Sistema de la Seguridad Social. c). Los socios administradores que desempeñan funciones de dirección no retribuidas pero que además desempeñan otro puesto en la misma sociedad deben estar encuadrados en el RETA. d). Los administradores únicos, solidarios o mancomunados tampoco deben afiliarse al Sistema de la Seguridad Social, siempre que tengan delegadas todas sus funciones, salvo las indelegables y puedan probar que se limitan a ejercer funciones de control accionista, representación, consultivas y de asesoramiento, aunque estén retribuidos. Y finalmente que, los consejeros pasivos "delegantes" de sus funciones, si prestan trabajos a la misma empresa, mantendrán una relación laboral -normal o especial- y procede su encuadramiento en el Régimen General (ha de entenderse siempre que como accionistas no deban encuadrarse en el RETA).

8. CUESTIONES CONEXAS

No sin razón, a la vista de la normativa comentada se han suscitado dudas en el ámbito tributario, tales dudas se centran en tres temas puntuales: - Retenciones a cuenta del I.R.P.F.; deducibilidad de las remuneraciones al determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, finalmente, en la llamada tributación de las empresas familiares.

Antes de analizar cada una de estas cuestiones hay que hacer constar que el Derecho de la Seguridad Social es un derecho autónomo, incluso del Derecho laboral, y por consiguiente, las categorías que determina y muy especialmente las presunciones que establece afectan única y exclusivamente al sistema de la Seguridad Social y no debe admitirse que el encuadramiento en un régimen sirva de prueba en otros ámbitos del Derecho.

Retenciones

Las retenciones a cuenta de IRPF de las remuneraciones que perciban los Consejeros por el ejercicio de sus funciones como a tales, es el único que estará sujeto al tipo de retención del 40%⁹. Los administradores y los socios trabajadores e incluso los Consejeros por otro tipo de emolumentos que puedan percibir por su trabajo estarán sujetos a la Tabla de retenciones, salvo que sean profesionales libres y se les aplique el 20%¹⁰, todo ello sin perjuicio de estar encuadrados en el RETA.

⁹ Artículo 45.2 RIRPF.

¹⁰ Artículo 46 RIRPF

Deducibilidad en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades

Las remuneraciones del trabajo que se perciban por los socios trabajadores, a pesar de la presunción de la Ley General de la Seguridad Social, y con independencia del dominio que ostenten sobre la sociedad, no pueden calificarse de "dividendos" o "retribución de los fondos propios"¹¹. Por consiguiente son un gasto corriente más. Otra cuestión es que se les pueda aplicar al regla de valoración que establece el artículo 16 de la LIS sobre operaciones vinculadas.

Las remuneraciones que perciban los miembros del Consejo de Administración y Administradores por su condición de administradores, deberán reunir los requisitos que señalan las respectivas Leyes (LSA y LSRL) para que puedan considerarse como a tales y, por consiguiente, ser deducibles y no calificarse de liberalidades o dividendos. Pero las remuneraciones que presten por su trabajo en relación laboral común o especial de alta dirección, encuadrados en el Régimen General o en el RETA, son sin ninguna clase de dudas, remuneraciones del trabajo o sea "gastos de personal" deducibles.

Es recomendable en el orden práctico que las relaciones laborales comunes o especiales con socios-trabajadores y administradores se instrumenten mediante contrato de trabajo escrito con todas las formalidades, los unos y de prestación de servicios los otros, a efectos de que sirva de prueba frente a la Administración, ya sea la tributaria ya sea la de la Seguridad Social.

En cuanto a la cotización del RETA, corresponde al socio trabajador o administrador la obligación de pagar la cuota, en consecuencia es uno de los gastos deducibles para determinar el rendimiento neto del trabajo en el Impuesto sobre la Renta. Si el compromiso del pago recae sobre la Sociedad, la cuota representará una retribución en especie¹² que dará origen a un pago a cuenta del IRPF, por parte de la Sociedad tendrá la consideración de gasto de personal deducible. En este sentido se manifestó la Dirección General de Tributos en una Resolución de 1 de julio de 1993 a solicitud del Departamento de Inspección financiera y Tributaria.

Tributación empresa familiar

A efectos de la exención del Impuesto sobre el Patrimonio¹³ como de las bonificaciones en los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones¹⁴, que se condiciona a que el socio re-

¹¹ Artículo 14.1.a) de la LIS

¹² Al entender de la DGT, a nuestro entender es una retribución dineraria.

¹³ Art. 4.2 de la Ley 19/1981 de 6 de junio del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, el cual dice textualmente: "Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal....."

¹⁴ Art. 20.6 b) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

alice tareas de dirección efectiva y que sus remuneraciones representen más de un 50% sobre los rendimientos de trabajo y empresariales no existirá problema ya que si realmente ejerce la dirección estará encuadrado en el RETA. Cuestión distinta es cuando el socio trabajador o el administrador percibe una prestación de la Seguridad Social por jubilación o invalidez. En este supuesto si ejerce la dirección efectiva "debe de estar encuadrado" y se origina un conflicto con la presunción de dirección efectiva que establece el artículo 5.1.d), según la cual el cargo de administrador o consjero de por si ya representa el ejercicio de una dirección efectiva. La solución, si la tiene, hay que buscarla primero en la estanqueidad de ambos derechos: social y tributario; en segundo lugar, en la propia normativa de la Seguridad Social que obliga el "encuadramiento" al RETA, cuyo régimen permite mantener la titularidad del negocio y desempeñar las funciones inherentes a la titularidad¹⁵, y por analogía, del dominio o del cargo, siempre que existan otras personas que también ejerzan las funciones de dirección, como administradores o como empleados con relación laboral especial de alta dirección y en tercer lugar, y aunque la afirmación sea más temeraria cabe buscar la justificación en que la Ley obliga a la afiliación al Sistema de la Seguridad social y al encuadramiento al RETA, y el encuadramiento durante la vida laboral activa obliga a la cotización y posteriormente da derecho a la prestación por jubilación, también encuadrado está, según la norma, el consejero o administrador cotizante como el perceptor de la prestación.

8. CONCLUSIONES

La Ley 66/1997 consolida la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la afiliación y encuadramiento de los Administradores y socios trabajadores .

Quedan excluidos del sistema de Seguridad Social los socios trabajadores y los administradores de las sociedades de mera administración del patrimonio de los socios.

Quedan encuadrados dentro del Régimen General de la Seguridad Social: Los socios trabajadores no administradores y sin control efectivo de la sociedad, los administradores pasivos o no ejecutivos.

Finalmente quedan encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos los administradores ejecutivos o activos y los socios trabajadores que posean más del 50% de participación en la sociedad o de alguna manera, directa o indirectamente posean el dominio efectivo de la sociedad.

El empeño en la reconducción de los Administradores y socios trabajadores a la afiliación al sistema de la Seguridad Social hay que buscarlo más que en el artículo 41 de la Constitución Española en las necesidades de financiación de la Seguridad Social. Y el del encuadramiento en el RETA hay que encontrarlo en la tradicional cicatería de evitar prestaciones, especialmente la del subsidio de desempleo, vulnerando posiblemente de esta manera el mandato especial del citado artículo 41 de la CE, antes citado.

¹⁵ Art. 93.2 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre 1994, reguladora del RETA.