
ESTUDIOS

PROBLEMATICA DE LA AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS SOCIOS DE DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES

María José ABELLA MESTANZA

Dra. en Derecho
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Zaragoza

Sumario

1. LA CIRCULAR DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NUMERO 2034, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1992, SOBRE REGIMEN DE AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE SOCIOS DE DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES (SOCIEDADES REGULARES COLECTIVAS, SOCIEDADES COMANDITARIAS, SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, ANONIMAS, SOCIEDADES COOPERATIVAS, COMUNIDADES DE BIENES, Y SOCIEDADES CIVILES IRREGULARES): CONTENIDO Y ALCANCE.
2. CUADRO RESUMEN DEL REGIMEN APLICABLE.
3. PRINCIPALES ELEMENTOS DIFERENCIADORES DEL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y DEL REGIMEN ESPECIAL PARA LOS TRABAJADORES AUTONOMOS.
4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACION DE LOS CRITERIOS DE LA CIRCULAR.
5. OBLIGATORIEDAD Y EFECTIVIDAD DE LAS "NORMAS" CONTENIDAS EN LA CIRCULAR.
6. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE AFILIACION Y ALTA.
7. CONSIDERACIONES FINALES.

ESTUDIOS

1. LA CIRCULAR DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NUMERO 2034, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1992, SOBRE REGIMEN DE AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE SOCIOS DE DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES (SOCIEDADES REGULARES COLECTIVAS, SOCIEDADES COMANDITARIAS, SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, ANONIMAS, SOCIEDADES COOPERATIVAS, COMUNIDADES DE BIENES, Y SOCIEDADES CIVILES IRREGULARES): CONTENIDO Y ALCANCE.

De antiguo, viene siendo una preocupación de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, del Instituto Nacional de Empleo y sobre todo del Fondo de Garantía Salarial, vetar el acceso de los socios, dirigentes, administradores, etc. de las sociedades mercantiles a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, y a las prestaciones de desempleo.

La natural pertenencia de este tipo de personal al Régimen General de la Seguridad Social, por aplicación de los artículos 7, 61, 64, 68 y 70 de la Ley General de la Seguridad Social, que exigen la afiliación al Régimen General de cuantos participan en el proceso productivo en virtud de relaciones de trabajo, comunes o especiales, pero por cuenta ajena, hace en muchos casos difícil negar el derecho a determinadas prestaciones de desempleo o de garantía salarial.

La Circular trata de resolver esta cuestión situando a aquellos a quienes considera que debe de serles negado el desempleo y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, en un Régimen Especial en el que estas coberturas no están previstas.

Los criterios interpretativos que de ella se deducen, referidos exclusivamente a los socios de las sociedades anónimas y a los de las sociedades de responsabilidad limitada, son los siguientes:

Se distinguen los siguientes supuestos:

1. Socios que trabajen personalmente en la Sociedad, sin desempeñar funciones propias de los órganos de administración de la misma.

1.1. Como regla general, y siempre que realmente exista entre la sociedad y los socios trabajadores una auténtica relación laboral, con las notas básicas de ajenidad, dependencia y remuneración, tales socios tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, y en consecuencia quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad social, si por razón de la actividad desarrollada no les corresponde encuadrarse en otro régimen especial.

1.2. Exenciones:

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

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

En ambos casos, la Tesorería sostiene que tales socios deben encuadrarse como trabajadores por cuenta propia o autónomos en el Régimen Especial.

2.1. Si el trabajo personal para la sociedad constituye una relación laboral común, procederá su inclusión en el Régimen General, si por razón de la actividad no corresponde otro régimen especial. Ello siempre y cuando la actividad que el socio desarrolle en los órganos de

administración de la sociedad, se limite a funciones de deliberación y consejo (meros vocales del Consejo de Administración). En otro caso, si se ejercen cometidos de dirección y gerencia, estima la Tesorería que no puede apreciarse la nota de la dependencia y califica la relación como de trabajo por cuenta propia, determinando su encuadramiento en el Régimen Especial de Autónomos.

2.2. Cuando el trabajo personal para la sociedad integre una relación especial de alta dirección, solamente podrán ser incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, si concurren los siguientes requisitos:

a) que el trabajo se preste a título distinto de la condición de miembro de los órganos de administración de la Sociedad.

b) que la actividad desarrollada en los órganos de gobierno de la sociedad se limite a las funciones de deliberación y consejo, pero no de dirección y gerencia.

De no concurrir estos requisitos, los socios de que se trata deberán encuadrarse en el Régimen Especial de la Seguridad Social para los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos.

3. Socios que desempeñen sólo actividades propias de los órganos de administración de la sociedad.

3.1. Los socios que desarrollen únicamente funciones ejecutivas, de gerencia y dirección de la sociedad, a título lucrativo, y de forma personal, habitual y directa, deberán encuadrarse en el Régimen Especial de Autónomos.

3.2. Lo establecido en el párrafo anterior, no afecta a quienes, en su condición de consejeros, no desarrollen funciones ejecutivas y de dirección. Si sus funciones son meramente consultivas, no constituyen actividad profesional que dé lugar a encuadramiento, ni en el Régimen General, ni en ninguno de los Especiales.

3.3. Son objeto de una consideración especial los Consejeros Delegados, Directores Generales y Gerentes, que normalmente desempeñan sus funciones subordinados al Consejo de Administración. El criterio de la Tesorería respecto de su encuadramiento en la Seguridad Social es el siguiente:

a) Si sus funciones se desempeñan en el marco de una relación orgánica, integrada en el órgano de administración social, su encuadramiento deberá hacerse en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos.

b) Por el contrario, si sus funciones las realizan sin integrarse en el órgano de administración societario, con subordinación a él, y constituyendo una relación laboral de naturaleza especial, de alta dirección, los criterios aplicativos son los que se indican en el apartado siguiente.

4. Personal de alta dirección.

Las prestaciones de servicios que constituyan pura y simplemente una relación laboral especial de alta dirección, tienen siempre y en todo caso la consideración de trabajo por cuenta ajena, y en consecuencia, dan lugar a encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

ESTUDIOS

5. Validez de cotizaciones anteriores.

Cuando como consecuencia de la aplicación de los criterios interpretativos emanados de la Circular resumida ex ante, se proceda al cambio de régimen de los interesados, el alta y las cotizaciones efectuadas con anterioridad en otro régimen de la Seguridad Social, tendrán plena validez a efectos de la acción protectora del régimen que proceda.

2. CUADRO RESUMEN DEL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE A LOS SOCIOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN LOS DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES, A LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y A LOS MIEMBROS DE COMUNIDADES DE BIENES.

1. SOCIOS DE SOCIEDADES MERCANTILES

1.1. De sociedades personalistas (Colectivas y Comanditarias)

REGIMEN

Autónomos

(Aptdo. 1 de la Circular)

1.2. De Sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada.

1.2.1. Socios trabajadores no integrados en órganos de administración.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.

(Apdo. 2.1.1. de la Circular con las excepciones del 2.1.2.).

1.2.2. Socios trabajadores con relación laboral común integrados en órganos de administración.

REGIMEN

General o especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si su actividad en el órgano de administración se reduce a deliberación y consejo.

Autónomos, si su actividad en el órgano de administración es de dirección y gerencia.

(Apdo. 2.2.1. de la Circular)

1.2.3. Socios trabajadores con relación laboral especial de alta dirección integrados en órganos de administración.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si su trabajo se presta a título distinto de su condición de órgano de administración, reduciéndose su actividad en éste a deliberación y consejo.

Autónomos, en otro caso.

(Apdo. 2.2.2. de la Circular).

1.2.1. Socios que sólo desempeñen funciones en órganos de administración.**REGIMEN**

Autónomos, salvo cuando sólo desempeñen funciones de deliberación y consejo, que no supone su encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social.

(Apdo. 2.3.1. y 2.3.2. de la circular).

1.2.5. Socios delegados de los órganos de administración.**REGIMEN**

Autónomos, si hay integración orgánica en la administración social.

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si no existe tal integración orgánica y sí una relación laboral especial de alta dirección.

(Apdo. 2.3.3. de la Circular).

1.2.6. Socios que sólo desempeñan funciones de alta dirección.**REGIMEN**

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, si existe relación laboral especial de alta dirección.

Autónomos, si no existe dicha relación laboral especial y están integrados en los órganos de administración.

(Apdo. 2.4. de la Circular).

2. ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y PERSONAL LABORAL.

Aún cuando su Régimen de encuadramiento, en las diversas hipótesis que pueden darse, queda ya dicho en el punto 1.2. anterior de este Cuadro Resumen al tratar de los socios de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada, se considera clarificador especificarlo expresamente para los mismos.

2.1. Administradores en empresas que revisten la forma jurídica de sociedad, ejerciendo exclusivamente tales funciones.

REGIMEN

Autónomos, salvo cuando ostenten sólo el cargo de Consejeros o miembros del Consejo de Administración, lo que no da lugar a inclusión alguna. (Apdos. 2.3.1. y 2.3.2. de la Circular).

2.2. Personal sujeto a relación laboral especial de alta dirección, ejerciendo exclusivamente tales funciones.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente (Apdo. 2.4. de la Circular).

2.3. Supuestos de doble condición de administrador societario y trabajador sujeto a relación laboral común o especial de alta dirección.

ESTUDIOS

REGIMEN

Autónomos, salvo cuando prevalezca la relación laboral por ejercerse en los órganos de administración únicamente funciones de deliberación o consejo, en cuyo caso la inclusión será al General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente. (Apdos. 2.2.1. y 2.2.2. de la Circular).

2.4. Supuestos de doble condición de Consejero o miembro del Consejo de Administración y trabajador sujeto a relación laboral común o especial de alta dirección.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente, al ejercerse en los órganos de administración funciones exclusivamente de deliberación y consejo (Apdos. 2.2.1. y 2.2.2. de la Circular).

3. SOCIOS DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.

3.1. Socios trabajadores de Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado.

REGIMEN

General o Especial de Trabajadores por cuenta ajena correspondiente, o bien Autónomos, a opción de la Cooperativa.

(Apdo. 3.1. de la Circular).

3.2. Socios trabajadores de Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra.

REGIMEN

Régimen de trabajadores por cuenta ajena que corresponda.

(Apdo. 3.2. de la Circular).

3.3. Socios de trabajo de las restantes Cooperativas de 1er. grado y de las de 2.º o ulterior grado.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.

(Apdo. 3.3. de la Circular).

4. MIEMBROS DE COMUNIDADES DE BIENES.

4.1. Trabajadores miembros de comunidades de bienes que acrediten por su trabajo los requisitos propios del E.E.T.A.

REGIMEN

Autónomos.

(Apdo. 4.1. de la Circular).

4.2. Trabajadores miembros de comunidades de bienes que acrediten la existencia de una relación laboral con las mismas.

REGIMEN

General o Especial de trabajadores por cuenta ajena correspondiente.

(Apdo. 4.2. de la Circular).

4.3. Miembros de comunidades de bienes que sólo aporten bienes y limiten su responsabilidad a los mismos.

REGIMEN

No procede su encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social por esa concreta condición.

(Apdo. 4.3. de la Circular).

3. PRINCIPALES ELEMENTOS DIFERENCIADORES ENTRE EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y EL REGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES AUTONOMOS.

3.1. Cotización

De acuerdo con el artículo 11 de la Orden de 18 de Enero de 1993 (BOE 20.1.93), el tipo de cotización en el Régimen Especial de Autónomos es del 28'2 por 100 de las bases de cotización. Y las bases se sitúan, la mínima, en 83.760 Ptas., y la máxima en 338.130 Ptas.

La cuota a abonar se reduce en un 0'55 por 100 debido a que este Régimen Especial no contempla prestaciones por Invalidez Provisional.

Como elemento de comparación hay que señalar que en el Régimen General la cotización de un directivo es de 37,7 por 100 de la base; sumando la cuota empresarial y la cuota obrera, y teniendo en cuenta las cotizaciones obligatorias al Fondo de Garantía Salarial, Desempleo y Formación Profesional.

Prima facie, por tanto, hay un considerable ahorro en la cotización al Régimen de Autónomos, respecto de la exigible en el Régimen General. Ahorro especialmente destacable en los supuestos de pluralidad de empresas regidas o poseídas por un solo titular. Para estos supuestos, y teniendo en cuenta que la afiliación al régimen de autónomos es única, es evidente que el criterio de la Circular acaba con el engorroso, caro y poco eficaz sistema de tener que dar de alta al Administrador en cada una de las Compañías que gestione. En estos casos, con una sola alta como autónomo, queda solucionado el problema.

Ahora bien, salvo en este especial supuesto, el ahorro inmediato no resulta tan evidente como a primera vista pudiera parecer, máxime tomando en consideración el incremento ya acordado para las cotizaciones de los autónomos, de un 12% para el próximo ejercicio; y la tendencia, conocida, de equiparar los tipos de cotización a los vigentes en el Régimen General.

De hecho, con el incremento acordado la aproximación es ya muy notable.

3.2. Mantenimiento de las bases en caso de cambio de Régimen

ESTUDIOS

Materia de frecuente consulta es la posibilidad de mantener las bases de cotización en caso de pasar del Régimen General al Régimen de Autónomos.

En efecto, el mantenimiento es posible. Los artículos 24 y 25 de la Orden Ministerial de 24 de Septiembre de 1970 establecen que cuando una persona causa baja en cualquier régimen de la Seguridad Social durante los doce meses anteriores a su alta en el Régimen de Autónomos, la base de cotización en éste no tendrá las limitaciones que se aplican a las personas que se dan de alta de nuevo; y por tanto, las bases de cotización en el nuevo régimen podrán ser coincidentes con la última por la que se hubiere cotizado.

3.3. Prestaciones

Las diferencias fundamentales entre el Régimen Especial de Autónomos y el Régimen General de la Seguridad Social pueden resumirse como sigue:

- * Las prestaciones por desempleo no existen en el Régimen de Autónomos.
- * Por supuesto, tampoco existen prestaciones sustitutorias del salario o de las indemnizaciones por extinción del contrato, protegidas por el Fondo de Garantía Salarial.
- * En materia de Invalidez, el Régimen de Autónomos protege la Invalidez Permanente total para la profesión habitual. Por contra, no están protegidas, ni la invalidez provisional, ni la invalidez permanente parcial, ni las lesiones permanentes no invalidantes.
- * En materia de jubilación, las prestaciones de vejez en el Régimen Especial de Autónomos son compatibles con la titularidad del negocio y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad.

El período mínimo de cotización exigible para acceder a las prestaciones de jubilación es de 15 años, computándose a estos efectos los períodos cotizados en cualquier Régimen del Sistema.

No obstante, para quienes el 1.º de Agosto de 1985 tuvieron cumplidos 60 o más años, el período de cotización exigido para acreditar derecho a prestaciones de jubilación será el que resulte de sumar el período mínimo exigido, por la legislación anterior (10 años) más el tiempo que les faltara en la indicada fecha para cumplir 65 años.

Con todo, en materia de jubilación la diferencia sin duda más importante es la que se refiere a la posibilidad de jubilarse anticipadamente a partir de los 60 años, soportando la reducción legal del 8 por 100 por año que falte para cumplir los 65 de edad. Esta posibilidad se reconoce en el Régimen General a quienes acrediten cotizaciones anteriores al 1.º de Enero de 1967. Por contra, en el Régimen Especial de Autónomos la Jubilación Anticipada no está prevista. Sólo es posible, jubilarse a partir de los 65 años de edad, reuniendo los demás requisitos legales.

3.4. Otras prestaciones

Las demás prestaciones sociales son esencialmente idénticas a las reguladas en el Régimen General.

En caso de incapacidad laboral transitoria la cuantía de la prestación económica es del 75% de la base reguladora.

La asistencia, sanitaria, desde el Real Decreto 43/1984, de 4 de Enero, es a cargo de la Seguridad Social.

Asimismo, las prestaciones por muerte y supervivencia; y las prestaciones por hijo a cargo se regulan en los mismos términos que en el Régimen General.

4. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACION DE LOS CRITERIOS DE LA CIRCULAR.

Sin duda el inicial propósito de la Tesorería General de la Seguridad Social al promulgar la Circular que comento no fue otro que el indicado al principio, de resolver definitivamente el problema de la denegación de las prestaciones de desempleo y de garantía salarial, con respecto al personal considerado.

Pero en derecho es difícil mover una pieza sin que todo el sistema resulte afectado, por causa de la interrelación y el entramado de las distintas instituciones: fiscales, laborales, mercantiles, de previsión, etc...

Y eso es, básicamente, lo que sucede con la Circular 2034 de la Tesorería, de la que directa o indirectamente se derivan unos efectos que seguramente su autor no atinó a prever, y que obligan a ser muy cautos en su interpretación y aplicación; tanto por parte de sus destinatarios (los socios y los gestores de las empresas), como por parte de la Administración del Trabajo y de la Seguridad Social; y sobre todo por parte de los Tribunales de Justicia.

Apuntaré algunos de los problemas de orden práctico que comporta la admisión de los criterios sustentados por la administración de la Seguridad Social.

4.1. Retribuciones de los socios y directivos considerados trabajadores por cuenta propia o autónomos.

El primero y probablemente principal problema que plantea la admisión del criterio sustentado por la Tesorería General de la Seguridad Social es el de la naturaleza jurídica de las percepciones de las personas consideradas trabajadores por cuenta propia, que prestan servicios profesionales en el seno de una sociedad mercantil de la que son partícipes.

Desde el ámbito de consideración laboral-fiscal es forzoso remitirse al Decreto de Ordenación del Salario, de 17 de Agosto de 1973, conforme al cual, sólo tiene la consideración legal de salario –con los efectos contables y fiscales que de ello se derivan–, las retribuciones que la empresa satisface por la prestación de servicios “por cuenta ajena”. Es decir, el trabajo por cuenta propia no se retribuye con salario. El salario sólo retribuye el trabajo por cuenta ajena.

El negar la ecuación “retribución del directivo-socio-salario”, obliga a encuadrar esa retribución en algún concepto distinto, a efectos fiscales.

Las cuestiones que plantea este hecho son múltiples y muy complejas.

* ¿Cabe pensar que la retribución del socio-directivo es un anticipo a cuenta de beneficios? En cuyo caso habría que resolver el tratamiento de esas retribuciones en caso de pérdidas de la Compañía.

ESTUDIOS

* ¿Puede tratarse de unos honorarios profesionales, por prestación de servicios independientes? Ello nos llevaría a la obligación del socio-gestor de causar alta en algún epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas; y, consiguientemente emitir facturas por esos servicios con el correspondiente IVA.

* O, simplemente, ¿hay que pensar que es un gasto fiscalmente no deducible para la sociedad que lo soporta, con la consiguiente pérdida del 35% de su importe como deducción en el Impuesto de Sociedades?

* ¿Cuál deberá ser la retención fiscal aplicable a estas retribuciones?

* ¿Es necesario introducir modificaciones en los estatutos sociales para garantizar la deducibilidad de las retribuciones de este personal?

Ciertamente la Administración actúa con enorme prudencia en esta materia, ante la inexistencia de bases firmes, refrendadas jurisprudencialmente. Pero, a título ilustrativo, baste con señalar que está aplicando un tipo de retención del 30% a los administradores.

4.2. *Indeducibilidad de las cuotas satisfechas al Régimen Especial de Autónomos.*

Sí es evidente que las cuotas satisfechas al Régimen General de la Seguridad Social son un gasto fiscalmente deducible para la Empresa que las soporta; la cuestión aparece mucho menos clara tratándose de cuotas al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

No parece que exista forma de deducir las cuotas satisfechas para la previsión de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Lo que nos llevaría a la conclusión de que el importe de lo satisfecho por este concepto no es más que un plus retributivo del socio-gerente-administrador. Más retribución para el interesado, y por tanto mayor carga impositiva. Y la suma de la retribución directa más las cuotas satisfechas, estarían sujetas a todos los interrogantes que he dejado apuntados en el epígrafe 4.1. anterior.

De ahí que el aparente ahorro inmediato por cambio de régimen al que me refería con anterioridad, pueda resultar considerablemente mermado, y hasta inexistente, o de efecto negativo, cuando todas estas matizaciones se toman en consideración.

4.3. *Ampliación de las responsabilidades patrimoniales de los socios; confusión de patrimonios, y responsabilidades solidarias.*

El criterio sustentado por la Circular de la Tesorería viene a sostener la identificación entre socio y sociedad, lo que supone introducir una modificación de consecuencias imprevisibles en el mundo del derecho y sobre todo en el tráfico mercantil.

El núcleo de la cuestión planteada consiste en dilucidar la posibilidad de trabajar por cuenta propia en una sociedad mercantil.

La materia pertenece a la teoría general del derecho. En concreto atañe al concepto de PERSONA JURIDICA.

De acuerdo con el artículo 35.2. del Código Civil, "son personas jurídicas, las asociaciones de interés particular, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados".

Estas asociaciones se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de la sociedad de que se trate. Así, las Sociedades civiles se regirán por lo dispuesto en el Código Civil (artículos 1665 y 1708). Las sociedades mercantiles, colectivas y comanditarias, por lo dispuesto en el Código de Comercio (artículos 116 al 243), y las Sociedades Anónimas, las de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Anónimas Laborales, y las Cooperativas, por sus distintas leyes reguladoras.

Pero, en todo caso, lo que caracteriza a todos estos tipos de asociaciones de interés particular es que por ministerio de la ley que las autoriza y regula, tienen personalidad propia, DISTINTA E INDEPENDIENTE de la de cada uno de los asociados. De manera que identificar sociedad-persona jurídica, con alguno o algunos de los asociados es, además de una contradicción in terminis, una aberración jurídica.

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones (celebrar contratos) y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución (Artículo 38 del código Civil). Bienes y obligaciones que no pertenecerán en ningún caso a los asociados, ni a ninguno de ellos en particular, sino precisamente a la sociedad que es distinta de todos ellos.

Otra cosa evidentemente distinta es que las personas jurídicas, para actuar en derecho, hayan de hacerse representar por personas físicas o naturales, que no serán más que mandatarios de la sociedad, pero en ningún caso identificables con ella.

Las sociedades mercantiles, por definición, son un capital con personalidad jurídica; y ese capital está representado por acciones, que son títulos-valores, libremente transmisibles. A lo más, podrá establecerse a quién pertenecían esos títulos en el momento de la constitución; pero no el tráfico que hayan experimentado con posterioridad.

El vigente texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre (que en este aspecto no introduce modificación ninguna sobre regulaciones precedentes), no deja lugar a dudas al respecto:

“En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales” (Artículo 1.º).

“La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”. Es decir, tras la inscripción en el Registro, y por ministerio de la Ley, nace al mundo jurídico una nueva persona, distinta y diferenciada de los aportadores de capital para su constitución. Y a partir de ese momento, los actos y contratos que la sociedad celebre, a través de sus órganos de gobierno, serán actos y obligaciones de la sociedad, no de sus socios. La personalidad del socio se diluye con la adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad.

En consecuencia, la prestación de servicios profesionales para una sociedad mercantil, incluso por alguno de sus socios, será siempre una prestación de servicios por cuenta ajena. Porque, si por algo se caracteriza la Sociedad es por ser una persona distinta de sus socios. Negar esta evidencia es negar toda la teoría de la personalidad jurídica societaria, sobre la cual se asienta hoy íntegramente el tráfico mercantil.

ESTUDIOS

De todas formas, no conviene ignorar que en el ámbito de lo laboral ha ido tomando cuerpo progresivamente, hasta adquirir casi carta de naturaleza, la denominada "TEORIA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO", en virtud de la cual, concurriendo determinadas circunstancias, se transfieren las responsabilidades sociales a los socios, dando lugar a una responsabilidad solidaria entre éstos y la persona jurídica societaria, para responder de las deudas sociales.

El problema resulta especialmente agravado en los casos de pequeñas sociedades, de características familiares o cuasi-familiares, en las que la tendencia jurisprudencial se inclina por estimar inexistente la causa del contrato de sociedad ("poner en común" bienes o industria con ánimo de obtener un beneficio), apreciando más bien la existencia de un exclusivo propósito de limitar las responsabilidades patrimoniales personales por vía de la asociación mercantil que, con esa interpretación, se reputa en fraude de ley.

Ciertamente esta interpretación es difícilmente conciliable con la legislación comunitaria en la materia que admite sin más problemas la sociedad de socio único, como forma de limitar el riesgo económico-empresarial de los negocios.

Los Tribunales españoles, no obstante, están todavía muy lejos del acogimiento de estas tesis. Y lo están en especial los Tribunales del Orden Social de la Jurisdicción, donde se despliega una singular tutela de los derechos de los trabajadores, tanto para garantizar las percepciones de éstos, como para aliviar el peso de las obligaciones que se derivan al Fondo de Garantía Salarial por causa de insolvencia de las empresas.

Donde el problema se plantea con mayor crudeza, es en los casos de crisis económicas que obligan a afrontar expedientes de regulación de empleo, con las consiguientes indemnizaciones por extinción de contratos que, en la mayor parte de los casos no pueden ser atendidas con cargo a las empresas, aunque sólo sea porque tampoco las empresas han podido provisionarlas.

Admitir de entrada la identificación del socio con la sociedad, por la vía de aceptar el cambio de régimen, aceptando que se trata de un trabajo "por cuenta propia", supone quedar prácticamente indefenso ante el eventual traslado de responsabilidades sociales, al patrimonio particular del socio.

4.4. Extensión de los efectos de la Circular a personas inicialmente no contempladas en la misma.

Situados en el ámbito de aplicación del Decreto 2530/1970, de 20 de Agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social para los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, es preciso dejar constancia de que su artículo 3.º, relativo a los sujetos de inclusión obligatoria en el régimen especial relaciona como personal obligado a afiliarse a autónomos "al cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad del trabajador por cuenta propia, hasta el tercer grado inclusive, cuando colaboren en forma habitual, personal y directa en la realización de trabajos de la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto del familiar autónomo.

Se advierte pues que por esta vía, también a los familiares hasta el tercer grado podrán denegárseles prestaciones de desempleo y de garantía salarial.

5. OBLIGATORIEDAD Y EFECTIVIDAD DE LAS "NORMAS" CONTENIDAS EN LA CIRCULAR.

Las instrucciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, contenidas en la Circular comentada, no son, evidentemente, fuente del derecho. La Tesorería no tiene potestad legislativa, ni por supuesto puede, a través de una Circular, modificar ni alterar el contenido de la Ley General de la Seguridad Social, del Código Civil, de la Ley de Sociedades Anónimas, ni demás disposiciones con rango de Ley.

Los acuerdos, oficios, y resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social son en todo caso objetables e impugnables por los administrados que se manifiesten disconformes con su contenido o con estos criterios, y, en tales casos, no podrán producir efectos sobre el administrado en tanto no exista resolución firme de los órganos de la jurisdicción al respecto.

Por consiguiente, el socio disconforme con el apercibimiento de alta de oficio efectuado por la Tesorería General de la Seguridad Social, puede dirigirse por escrito, por cualquier medio fehaciente, al organismo emisor, manifestando su oposición a que por el Servicio Común se proceda conforme pretende, por entender que no concurren en su caso los requisitos y circunstancias exigidos por los preceptos reguladores del campo de aplicación en el Régimen General de la Seguridad Social, por tratarse de una prestación de servicios por cuenta ajena. Tal manifestación determinará, como mínimo, que haya de solicitarse el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo, con carácter previo a la adopción de cualquier resolución, y que se inicie el expediente administrativo, que abrirá la vía jurisdiccional, única que puede poner fin a este contencioso.

Cuestión importante en esta materia es la de la forma en que debe de procederse a las alegaciones, y en su caso, la de la documentación e información a aportar. Conviene tener presente que la prueba de los hechos constitutivos de las acciones corresponde, siempre y en todo caso, a quien los alega. Es decir, en el caso examinado, la prueba de la concurrencia de los hechos y circunstancias modificativos de una situación precedente, y admitida por la propia Tesorería General de la Seguridad Social a lo largo de años (recuérdese que ninguna ley ha sido modificada), corresponde precisamente a quien la alega, es decir, a la Tesorería. Por consiguiente no es necesario alegar, aducir, ni acompañar documento alguno. Si los que se acompañaron con el alta inicial en el Régimen General de la Seguridad Social fueron estimado válidos y suficientes por la propia Administración, procediéndose al alta con plenitud de efectos; la modificación de esta situación, no derivada de una modificación legislativa, con rango de Ley, exigirá una declaración jurisdiccional, porque la Administración no puede, por sí misma, reconsiderar ni modificar sus propios actos declarativos de derechos.

6. PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE AFILIACION Y ALTA, DE ACUERDO CON LOS CRITERIOS SUSTENTADOS POR LA CIRCULAR DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

1. Las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social y las Administraciones de ella dependientes, incluirán a los socios en el Régimen de la Seguridad

ESTUDIOS

Social que a su criterio corresponda, de acuerdo con los principios anteriormente expuestos, en función de las circunstancias de hecho que resulten de la documentación aportada por los solicitantes, tramitando la afiliación y el alta correspondiente.

2. Si de la documentación aportada inicialmente, o de la requerida con posterioridad, no se desprenden con toda claridad las circunstancias de hecho que concurren en el interesado para poder determinar su adecuada inclusión en uno u otro régimen de la Seguridad Social, las Direcciones Provinciales o Administraciones procederán de la siguiente forma:

2.1. Solicitarán de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que compruebe las circunstancias que indica el interesado, para lo que se acompañará copia o fotocopia de la documentación recibida, y que determine los hechos que se consideren precisos para efectuar la correcta inclusión del socio en el Régimen que corresponda, emitiendo informe preceptivo.

2.2. Recibido el informe de la Inspección de Trabajo pueden originarse las siguientes situaciones:

2.2.1. Que las circunstancias de hecho que concurren, la inclusión efectuada con anterioridad sea la procedente, en cuyo supuesto se archivarán las actuaciones, sin más trámite.

2.2.2. Que las circunstancias de hecho determinen la inclusión en un Régimen distinto de la Seguridad Social a aquél al que el socio pertenece, o bien que no procede su inclusión en ninguno de los regímenes.

En estos supuestos, si de las actuaciones practicadas resultan alegaciones, pruebas o hechos distintos de los aducidos por los interesados, antes de resolver se dará audiencia a los mismos, en los términos regulados en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre (BOE 27.11.92).

Cumplido el trámite de audiencia del interesado, se dictará resolución, revisando de oficio el alta y en su caso la afiliación anterior, y con indicación de los hechos y fundamentos de derecho que en cada caso correspondan, se determinará el Régimen de la Seguridad Social en el que procede la inclusión y alta. Esta resolución se notificará a los interesados, con indicación de la posibilidad de formular contra la misma reclamación administrativa previa.

No procederá la revisión de oficio por parte de las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social, sino que deberá instarse la revisión por vía jurisdiccional social, cuando se trate de altas de trabajadores que durante la tramitación del expediente hubieran solicitado y/o obtenido la condición de beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

3. En aquellos supuestos en que proceda la inclusión en un régimen distinto a aquél en que se efectuó inicialmente el alta, ésta y las cotizaciones realizadas tendrán plena validez para la acción protectora del régimen en que corresponda el encuadramiento. Por ello, los efectos de la nueva alta se producirán desde el día primero del mes siguiente a aquél en que el interesado hubiera recibido la comunicación al respecto, si no la hubiere impugnado; o bien la resolución de la reclamación previa, si aquella hubiera sido impugnada en vía administrativa.

4. Una vez definitiva la resolución administrativa (por no haber sido recurrida en vía judicial), se procederá a actualizar la base de datos de acuerdo con las mismas.

7. CONSIDERACIONES FINALES.

De lo hasta aquí expuesto se advierte que el criterio sustentado por la Tesorería General de la Seguridad Social en la Circular de Diciembre de 1992, supone una extraña confusión entre los conceptos de titularidad del capital, y gestión de las empresas por parte de sus partícipes. Conceptos que se manejan haciendo abstracción del fundamental de la personalidad jurídica, que es el único que tiene plasmación objetiva en los textos positivos, de acuerdo con cuyas exigencias, la prestación de servicios, en cualquiera de sus grados, para una sociedad de capital, es siempre, y en todo caso, una prestación de servicios por cuenta ajena, determinante de la inclusión en el Régimen General, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 67 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social.

A modo de conclusión final, quiero destacar una vez más, que ninguna disposición legislativa con rango de Ley ni de Decreto ha sido modificada. Quiere ello decir que las mismas normas que hasta Diciembre de 1992 servían a la Inspección de Trabajo para levantar actas por falta de alta y afiliación al Régimen General de administradores, gerentes, directores, socios-empleados, etc..., permanecen vigentes. Lo que, unido al hecho de que la afiliación al régimen que legalmente corresponda es un derecho irrenunciable para el trabajador-empleado, y en todo caso no dispositivo para el administrado; podría llevarnos a la alarmante conclusión de que, en el futuro, una vez se hubiera dilucidado judicialmente la cuestión de la personalidad jurídica societaria, pudieran ser exigidas las cotizaciones no efectuadas al Régimen General, por aplicación de los criterios de la Circular.

En fin, sin pretender agotar la problemática suscitada por tan polémica Circular, sí puede afirmarse sin lugar a dudas, que abre una brecha de importantísimas consecuencias en el terreno jurídico, laboral, mercantil y fiscal. En especial en lo que toca a las formas societarias, como pilares en los que se asienta, hoy por hoy, todo el tráfico mercantil.

La decisión a adoptar por cada interesado en relación con el régimen de la Seguridad Social a la que afiliarse habrá de tomarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, tras evaluar los riesgos presentes y futuros que tan arriesgada decisión comporta.