

# A VUELTAS CON EL ENCUADRAMIENTO Y LA NATURALEZA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL DE ALTOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES

Carlos Rodríguez Domínguez\*  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

El presente trabajo está dedicado a un estudio eminentemente jurisprudencial del encuadramiento y las vicisitudes de la relación laboral de altos directivos y administradores sociales. Su objetivo es arrojar luz sobre un tema controvertido y de máxima actualidad práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Altos directivos, encuadramiento, Seguridad Social, relación laboral, Derecho mercantil.

## ABSTRACT

«Returning to the straddle and the nature of the contractual link of managerial high places and social managers». This work is related to the study of the case law regarding the straddle and the vicissitudes of the labour relation of managerial high places and social managers. Its primary focus is to throw light on a complex topic and of maximum practical current importance.

**KEY WORDS:** Managerial high positions, straddle, Social Security, employment link, Commercial Law.

## INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, uno de los aspectos relacionados con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del que se ha observado una mayor profusión legislativa, doctrinal y jurisprudencial, ha sido el *status* jurídico de los altos directivos, administradores y/o miembros del consejo de administración de sociedades mercantiles.

Desde nuestra área de conocimiento, deberemos diferenciar dos supuestos diferentes para abordar el estudio de esta figura de controvertida y cambiante regulación normativa. En primer lugar el vínculo existente entre la empresa y el trabajador miembro del órgano rector de la empresa y, en un segundo lugar, el encuadramiento de éste en nuestro sistema público de Seguridad Social.



## 1. LA TEORÍA DEL VÍNCULO Y LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como cuestión previa, debemos dejar sentado que el trabajador miembro del órgano rector de la empresa a la que se refiere este estudio es aquél que reúne las características propias de un trabajador con una relación laboral especial de alta dirección<sup>1</sup>. Es decir, que reúne los siguientes requisitos:

- Ostenta poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa.
- Estos poderes afectan a los objetivos de la Compañía.
- Ejercita los poderes con autonomía y plena responsabilidad, con la única limitación respecto de las personas que ostenten la titularidad de la empresa.

Nos estamos refiriendo, por tanto, a un trabajador que ostenta los poderes correspondientes al personal de alta dirección y que, además, pertenece al órgano rector de la Compañía.

A modo ejemplificativo, una persona que ostente la titularidad del cien por cien del capital social de la compañía y que, a su vez, preste sus servicios como un trabajador más, no debe ser tratado igual que un empleado de dicha sociedad. Ello básicamente porque el artículo 1.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, excluye del ámbito de aplicación del mismo a los consejeros y administradores, y porque no se reuniría en este caso el requisito de la ajeneidad en la relación laboral<sup>2</sup>.

### 1.1. DOCTRINA ORDINARIA Y EXCEPCIONES

Cuando una misma persona ostente dualmente los cargos de alto directivo<sup>3</sup> y administrador ejecutivo, la naturaleza del vínculo del consejero ejecutivo, que a su vez desempeñe funciones de alta dirección en la sociedad, no es laboral sino mercantil<sup>4</sup>.

---

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna. El autor de este trabajo está disponible para contrastar opiniones o cualquier comentario en <carlosrodriguez@ull.es>.

<sup>1</sup> ALEMANY ROMAGOSA, E., «La regulación laboral y de Seguridad Social de los administradores de sociedades mercantiles», *Economic & Jurist* 143, 2006, p. 89.

<sup>2</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 14ª edición, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 487.

<sup>3</sup> E.g., director general.

<sup>4</sup> *Vid.*, *inter alia*, SSTSJ 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 16 de junio de 1998, 20 de noviembre de 2002 y 17 de julio de 2003, y STSJ de Las Palmas de 22 de diciembre de 1993 o STSJ de Cataluña 19 de julio de 1996.

El fundamento de dicha aseveración es que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las entidades mercantiles cualquiera que sea la forma que éstos revistan. Evidentemente, el personal de alta dirección también desarrolla esta clase de actividad, que se concreta en el ejercicio de los poderes correspondientes a la titularidad de la empresa<sup>5</sup>.

Así las cosas, la inclusión o exclusión de la relación laboral no se produce en atención al contenido de la actividad desarrollada, sino que se basa en la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que la desarrolla, «De forma que si aquél<sup>6</sup> consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de la administración social cuyas facultades se ejercitan directamente, o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral»<sup>7</sup>.

O dicho con otras palabras, para que se dé la concurrencia de la relación laboral de carácter especial no basta que la actividad realizada sea la propia de un alto cargo, sino que la efectúe un trabajador, y no un administrador ejecutivo en ejercicio de su cargo; en este último caso faltarían las notas *laboralizadoras* de ajeneidad y dependencia.

Cabría, sin embargo, una excepción a dicha afirmación si expresamente se hiciese referencia en los estatutos sociales a los cargos de consejero delegado<sup>8</sup> y director general como independientes. En este caso, subsistirían, sin confundirse, las dos relaciones: laboral y mercantil<sup>9</sup>. Dicha excepción podría ser discutible, en la medida en que independientemente del establecimiento formal de las relaciones, parece difícil diferenciar cuándo se está actuando como administrador ejecutivo y cuándo como director gerente.

En sentido inverso, las SSTJ de Navarra de 10 de junio de 1997, y 24 de febrero de 1997 son contrarias a la excepción, dado que ello permitiría que sean los particulares quienes califiquen las relaciones jurídicas al margen de su propia naturaleza, según se incluyan o no en los estatutos sociales previsiones sobre esta materia.

---

<sup>5</sup> Sin que en la legislación española, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, existan distinciones entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administración de las sociedades, y los de quienes ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa.

<sup>6</sup> Es decir, el vínculo.

<sup>7</sup> STS de 22 de diciembre de 1994.

<sup>8</sup> O cualquier otro cargo de administrador ejecutivo.

<sup>9</sup> STS de 13 de mayo de 1991 y la anteriormente citada de 27 de enero de 1992 en comentarios *obiter dicta*. Dicha doctrina ha sido también recogida por los Tribunales Superiores de Justicia, a saber: SSTJ País Vasco de 19 de marzo de 1996, y 28 de noviembre de 1995, y STSJ de Madrid de 30 de abril de 1998, *a sensu contrario*.



Se han dictado sentencias en cuyos razonamientos jurídicos se aboga por abrir una nueva línea judicial. La doctrina jurisprudencial existente se resume por la STS 26 de febrero de 2003<sup>10</sup>:

se enfrentan dos concepciones: a) la *dualista* o permisiva: es posible desempeñar ese doble papel; con lo que el consejero, en cuanto alto cargo, prestará unos servicios de entera dedicación, y será adecuadamente retribuido, todo mediante pacto. b) la *monista* o restrictiva: es imposible la dualidad recién descrita desde el momento en que el papel y las funciones de un administrador absorben, «per se», aquellas que se intenta asignar a título jurídico diferente, como es el propio del alto cargo.

La citada STS reseña que la jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme y mantenida. Primero se refiere a la esfera civil, donde recoge las dos tendencias que se citan más adelante en estas breves notas. Para luego referirse al ámbito laboral, e indicar dos aspectos sobresalientes del problema, que vendrían a avalar la teoría dualista; o al menos a plantear la necesidad de una solución que supere la concepción monista:

1. uno, que viene a ser de carácter *práctico*, y roza la justicia material del caso: no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, lo cual exige unas garantías mínimas manifestadas en una estabilidad aceptable y en una retribución adecuada; lo que se consigue estando a los términos de ese pacto, o si se quiere, a lo que ha sido uno de los principios tradicionales más arraigados del derecho español: la fidelidad a la palabra dada; siendo luego secundario que ese pacto se califique como generador de una relación de servicios civil-mercantiles, sometida a los jueces de lo civil, o una relación de alta dirección en sentido estricto, sometida a los jueces de lo social.

2. otro, que viene a ser de carácter *dogmático* o conceptual: quien asume ese tipo de relación (de servicios, de trabajo por cuenta ajena), se está sometiendo contractualmente a unas limitaciones muy señaladas, que en manera alguna definen o delimitan la figura del administrador; en efecto, ese gestor por encargo tiene que sujetarse a las instrucciones que emanan de la sociedad, a través de su consejo de administración, sin que, en el mismo, su voz como consejero sea en modo alguno determinante en cuanto a esas instrucciones, por genéricas que éstas fueren; al par que compromete su plena dedicación a gestionar la empresa; y hasta acepta estipulaciones de no competencia («*rectius*»: compromisos de no gestionar otras entidades). Generándose, por este camino, una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse con, o superponerse a, el de administrador societario.

---

<sup>10</sup> Fundamento jurídico segundo.

En una interpretación novedosa, el TSJ de Madrid ha dictado diversas sentencias<sup>11</sup> en las que se teoriza sobre la *suspensión de la relación laboral* de alta dirección. Dicha doctrina judicial viene a afirmar que el nombramiento del directivo como administrador ejecutivo durante el desempeño de su cargo laboral de alta dirección no elimina dicha relación laboral, sino que únicamente la suspende en tanto dure la prevalencia de la relación mercantil, a cuya finalización se reanudará la relación laboral directiva previa.

Por último, la sentencia del mismo alto tribunal autonómico de 28 de junio de 2005 viene a contrariar los criterios emanados hasta ahora de los tribunales de lo social admitiendo la naturaleza laboral de la relación de un consejero y director general:

[...] prevalece el carácter de ajeneidad cuando el administrador societario no es titular del 50% de las acciones, destacando que «la inclusión o exclusión del trabajador-socio-gestor de una sociedad dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad [...].

La doctrina pues de la preeminencia del vínculo jurídico mercantil, como criterio de fijación de la competencia jurisdiccional, parte de una redundancia funcional que por lo tanto no cuestiona atender al vínculo jurídico laboral cuando el mercantil por su carácter marginal no puede entenderse como relevante, y además no puede traducirse en declaraciones de nulidad de pactos amparables por la normativa laboral ya que tal declaración supondría resolver una cuestión de fondo, irresoluble per se, por el órgano judicial que se declara incompetente para conocer del litigio. A cuya luz se alza como predominante la relación laboral habida entre las partes, al concurrir claramente las notas de ajeneidad y dependencia, no quedando subsumida en la relación mercantil coexistente, habida cuenta de que ésta no conllevaba el ejercicio de un poder decisorio en la empresa, ni el control de la misma, ni siquiera su participación en el capital social, lo que implica la competencia de esta jurisdicción en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1.a).

### 1.3. DOCTRINA DE LA SALA 1ª DEL TS EN LA MATERIA: LUCES Y SOMBRAS DEL «CASO HUARTE»

En la STS de 21 de abril de 2005 se recoge la doctrina del «caso Huarte»<sup>12</sup> que toma como punto de partida la ausencia de carácter laboral del vínculo que unía a la sociedad con el consejero, y establece que la cláusula indemnizatoria vigente en el contrato «condiciona la libre facultad de que goza el Consejo de Administración para regular su propio funcionamiento»; dicha facultad «quedaría coaccionada si su ejercicio supusiese para la sociedad el pago de una indemnización». Y

---

<sup>11</sup> SSTSJ de Madrid de 21 de diciembre de 1999, 17 de enero de 2000 y 31 de octubre de 2000.

<sup>12</sup> STS de 30 de diciembre de 1992.

a su vez, tal pago «fuera de las previsiones de Estatutos sobre retribución de los administradores vulnera el artículo 74 (actual art. 130) de la citada Ley de Sociedades Anónimas», por lo que al ser este precepto imperativo «su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que lo contraríen».

Por estos dos argumentos principales<sup>13</sup>, el Tribunal Supremo declaró inexistente el derecho a la indemnización pactada por parte del recurrente. Esta sentencia ha sido posteriormente reseñada por otras de la jurisdicción social<sup>14</sup>.

En la precitada STS de 21 de abril de 2005 nos encontramos ante un titular del 7,2% de las acciones, y representante del grupo familiar accionista (42,58%), que es nombrado gerente y consejero delegado el 26 de noviembre de 1992<sup>15</sup>. En los Estatutos se configura la gerencia como un órgano nombrado por el Consejo de Administración, indicándose que el cargo de gerente podrá recaer en uno de los administradores de la sociedad. El 9 de mayo de 1995 se le revoca de su cargo de consejero delegado y el 29 de diciembre de 1995 se le revoca su nombramiento como gerente. La jurisdicción social se declara incompetente para resolver la demanda sobre despido interpuesta por el consejero que desempeñaba funciones de gerencia.

En este sentido, la Sala de lo Social analiza si el contrato «laboral» puede ser esgrimido como fundamento de las reclamaciones de cantidad en vía civil.

En su argumentación jurídica, parte el Tribunal del art. 131 LSA («las separaciones de los administradores podrán ser acordadas en cualquier momento por la Junta General»), señalando que:

- Ni el Consejo de Administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura del alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala.
- La reclamación realizada «infringe la previsión de carácter imperativo del art. 130 LSA (la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos)».
- Es contrario al art. 130 LSA convenir una indemnización a favor del consejero para el supuesto de que sea cesado (recogiendo la doctrina de la STS de 30-12-1992, del famoso «caso Huarte»).

Por otro lado, la STS de 9 de mayo de 2001 pareció dar un giro a la doctrina sobre las indemnizaciones aplicables a los Consejeros Ejecutivos, establecida en

<sup>13</sup> Es decir, la conculcación de la libertad del Consejo para regular su funcionamiento y revocar cargos, y la infracción de la obligación legal de prever las indemnizaciones legales en estatutos.

<sup>14</sup> Sin ánimo de agotar el elenco; STS de 4 de junio de 1996 y SSTSJ de Extremadura de 13 de septiembre y 23 de diciembre de 1996.

<sup>15</sup> Firma un contrato de trabajo de alta dirección que prevé retribución, pacto de no competencia post-contractual y preaviso para el caso de cese, más indemnizaciones por cese.

1992 por el Tribunal Supremo en el citado «caso Huarte». En esta sentencia de 2001, nuestro alto tribunal se pronuncia sobre la validez de las cláusulas de indemnización contenidas en dos cartas remitidas por la empresa al consejero delegado y aceptadas por él mismo, apoyándose en los razonamientos siguientes:

- El Tribunal parte de que «la relación contractual mantenida por el recurrente con su empresa no está sometida al Derecho laboral, sino que ha de regirse por la legislación civil-mercantil<sup>16</sup>, ya que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios para funciones de alta gerencia y dirección empresarial. Lo que determina su exclusión del ámbito laboral es la naturaleza del vínculo en virtud del cual el actor llevó a cabo las funciones para las que se le contrató, y que ocasionaron su integración orgánica en la sociedad como consejero-delegado.
- No se estaría ante un supuesto similar al enjuiciado en la Sentencia del «caso Huarte», ya que en este caso se decidió sobre la licitud de «las cláusulas preparadas por los propios administradores de las sociedades que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos»; cláusulas que se declararon nulas, por condicionar la libre facultad que goza el Consejo de Administración para regular su propio funcionamiento, pues «tal libertad quedaría coaccionada si su ejercicio supusiese para la sociedad el pago de una indemnización».

En el caso ahora analizado, y según la apreciación del Tribunal Supremo, «es la Sociedad la que fija la indemnización y es el consejero delegado el que se adhiere a tal pacto», por lo que no se vulneraría la libertad del órgano de administración.

- Por otra parte, según aprecia la Sentencia, tal indemnización prevista en caso de remoción no es encuadrable dentro del concepto de retribución del cargo de Administrador prevista en el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los consejeros delegados, explica, han sido dotados de unas facultades y funciones que rebasan «...las propias de los administradores, al ser de alta dirección y gestión. Con independencia de su integración en el Consejo de Administración, los consejeros delegados actúan como verdaderos órganos de la Sociedad y su relación con ésta es de carácter interno, si bien respecto al exterior, los consejeros delegados operan realizando los fines sociales, *en posición que rebasa la de los administradores*, al llevar a cabo actuaciones que son propias de la alta función directiva encomendada».

---

<sup>16</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La actualidad de la cuestión de las zonas concurrentes entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 152-4, 2005, pp. 573-588.

En definitiva, la Sala partió de que estaba ante un contrato de servicios sometido a la legislación civil-mercantil, que excluye a la laboral, y entrando en el fondo del asunto, decretó la eficacia de la cláusula indemnizatoria en caso de cese.

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de noviembre de 2001 recogió la doctrina anterior al manifestar sobre la retribución pactada para un administrador en un contrato:

la retribución pactada debe ser considerada como contraprestación de un vínculo sinalagmático de naturaleza civil que se sobreponía al cargo de consejero, que la entidad demandada hoy apelante, no podía resolver, como ha hecho de forma unilateral (art. 1.256 del Código Civil), y ello con independencia de que los Estatutos de la sociedad no contemplaran expresamente la retribución de los miembros del Consejo de Administración.

## 2. EL ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL DE ADMINISTRADORES SOCIALES

El problema del encuadramiento en la Seguridad Social se plantea normalmente en relación con los administradores ejecutivos de sociedades mercantiles capitalistas, con dedicación profesional y retribución<sup>17</sup>.

En principio, cabrían tres opciones para el encuadramiento de los administradores sociales:

- Exclusión del campo de aplicación de la Seguridad Social.
- Inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el RGSS o régimen especial que corresponda por razón de la materia y sector de actividad.
- Inclusión en el RETA como trabajadores por cuenta propia.

Las diversas opciones sobre el encuadramiento de los administradores sociales se han ido aplicando en diversos periodos de tiempo.

El criterio de la exclusión es el que parece haberse mantenido en la práctica hasta mediados de los años setenta. (Básicamente por tres motivos: el administrador no es trabajador por cuenta ajena a efectos del art. 7.1.a), porque se refiere a los que prestan servicios mediante un contrato de trabajo; porque el régimen de la asimilación se limita a los altos directivos laborales; y porque si el administrador trabaja por cuenta ajena no puede considerar por cuenta propia a efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1.b) LGSS).

---

<sup>17</sup> Vid. DESDENTADO BONETE, A., «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia», *Justicia Laboral* 21, 2005, pp. 15-28.

Desde mediados de los setenta se advierte una nueva orientación a favor de incluir a los administradores como asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

Con la STS 3ª de 26 de abril de 1991 se inicia un cambio en la doctrina del orden contencioso-administrativo en el sentido de considerar que no están incluidos en el RGSS los administradores sociales, porque no mantienen con la sociedad ninguna vinculación laboral ordinaria, ni de alta dirección<sup>18</sup>.

La Administración, teniendo en cuenta estas nuevas orientaciones judiciales, había variado su posición sobre el encuadramiento de los administradores sociales. Así, la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de junio de 1992 establece que:

los miembros de los órganos de administración en tanto que desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas de gerencia y dirección a título lucrativo de forma personal, habitual y directa sin estar sujetos a contrato de trabajo deben quedar incluidos en el RETA.

Lo anterior, en virtud del artículo 2 del Decreto 2530/1970, que prevé que quedarán incluidos en el RETA quienes desarrollen de forma personal, habitual y directa una actividad lucrativa *sin sujeción a contrato de trabajo*.

## 2.1. LA EXCLUSIÓN DEL RETA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: DOCTRINA DE LA STS DE 4 DE JUNIO DE 1996

El nuevo criterio de la Administración no fue pacífico y el orden social de la jurisdicción tuvo que pronunciarse.

La mencionada Sentencia, examinando el caso de un administrador único, llegó a la conclusión de que los administradores sociales no estaban incluidos en el RETA.

Se parte de la premisa de que los administradores no son materialmente trabajadores por cuenta propia; sino que por el contrario trabajan «por cuenta de la sociedad de capital para la que desarrollan su actividad, pues de ella perciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función del resultado» y «el órgano rector supremo de las sociedades de capital tienen plena libertad para acordar la remoción de los administradores sociales».

La sentencia dejaba abierta la posibilidad de valorar las participaciones del administrador social en el capital para eliminar la nota de ajenidad a efectos de una eventual inclusión en el RETA.

---

<sup>18</sup> Esta doctrina viene a consolidarse con la STS 3ª de 14 de junio de 1993.

## 2.2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL RÉGIMEN GENERAL COMO REGLA Y LA INCLUSIÓN EN EL RETA COMO EXCEPCIÓN: STS DE 29 DE ENERO DE 1997

Esta opción interpretativa se funda en que el administrador social que trabaja para la sociedad, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil; lo que determina el encuadramiento en el RGSS.

Pero introduce una matización importante: la inclusión en el RGSS no afecta a los administradores con participación mayoritaria propiamente dicha<sup>19</sup> porque entonces faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia, debiendo incluirse éstos en el RETA.

## 2.3. LA EXCLUSIÓN DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: STS DE 14 DE MAYO DE 1997

Este sentencia estableció que los administradores sociales no están incluidos en la protección por desempleo, aunque deban considerarse como trabajadores por cuenta ajena a efectos de inclusión en el RGSS. Es decir, se adopta una interpretación estricta del término trabajador por cuenta ajena, que se funda en que las prestaciones por desempleo son sustitutivas de rentas salariales y en que no hay situación legal de desempleo aplicable a los administradores sociales.

### 2.3.1. *El régimen de inclusión en la ley 66/1997*

Se allana el camino para incluir en el RETA a los administradores, ello a través de dos reglas específicas incluidas en la nueva DA 27.1 LGSS:

- 1) Administradores retribuidos directamente como tales: están obligatoriamente incluidos en el RETA «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».
- 2) Administradores no retribuidos como tales, pero sí por la prestación de otros servicios para la sociedad: Incluía también en el RETA a «los administradores sociales aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad».

---

<sup>19</sup> Es decir, la mitad o más de las acciones.

### 2.3.2. Artículo 34 de la ley 50/1998

Frente al criterio de la Ley 66/97<sup>20</sup>, que establecía como regla la inclusión en el RETA, la Ley 50/1998<sup>21</sup> ha optado por una inclusión limitada en el RGSS.

Ese carácter limitado deriva de que los administradores quedan excluidos de la protección por desempleo y de las prestaciones de garantía del FOGASA<sup>22</sup>.

La nueva inclusión afecta a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas que realicen funciones de dirección y gerencia y perciban retribución, siempre que no tengan control efectivo de aquélla.

Para que se produzca el encuadramiento en el RGSS es preciso:

- 1) Ausencia de control efectivo (en los términos previstos en la DA 27 LGSS).
- 2) Funciones de dirección y gerencia.
- 3) Retribución.

En el caso de que no se den dichos requisitos, procedería el encuadramiento en el RETA o exclusión —caso de administradores pasivos y ejecutivos no retribuidos—.

#### 2.3.2.1. Funciones de dirección y gerencia

No parece que se haya querido incluir a todos los miembros del órgano de administración, sino sólo a los que de manera profesional se dedican a esta actividad.

Los meros consejeros que se dedican a acudir a reuniones del órgano de administración no estarían comprendidos en la inclusión, que quedaría reservada a «administradores ejecutivos»: consejero delegado, miembros de la comisión ejecutiva, administrador único o administradores plurales (cargos que normalmente suelen exigir dedicación profesional). Por ello, el criterio para distinguir entre administradores ejecutivos y pasivos es el de la actividad.

#### 2.3.2.2. Retribución

Se considera que el administrador ejerce su cargo mediante retribución cuando así está expresamente previsto en los estatutos y actúa con carácter gratuito cuando los estatutos guarden silencio sobre el particular.

---

<sup>20</sup> Ley 66/97, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. *BOE* de 31 de diciembre de 1997.

<sup>21</sup> Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. *BOE* de 31 de diciembre de 1998.

<sup>22</sup> Con ello se produce una vuelta al criterio jurisprudencial de la Sentencia de 14 de mayo de 1997.

La retribución también puede producirse como trabajador por cuenta ajena de la sociedad. En ese caso las opciones serían las siguientes:

- 1) La deslaboralización de la relación laboral común o de la relación laboral especial y su absorción por la administración social.  
No parece ser la finalidad perseguida. En esos casos la relación de administración absorbería a la laboral concurrente que quedaría subsumida y las retribuciones correspondientes se imputarían a la administración, por tanto, inclusión limitada en RGSS.
- 2) La doble inclusión en el RGSS por pluriactividad: de forma plena por su actividad laboral y de forma limitada por la administración social.  
También hay que descartar que sea ésta la finalidad de la norma, ya que operaría sin una base económica real —sólo está retribuida la relación laboral—, produciendo de este modo un funcionamiento anormal de las relaciones de Seguridad Social: doble presión contributiva sobre una misma retribución y doble protección por la pérdida de una sola renta de activo.
- 3) La inclusión única y limitada en el RGSS como administrador social.

Si hay otra actividad retribuida, la inclusión en el RGSS no se produce de forma plena, sino en la forma limitada que procede para la administración social<sup>23</sup>.

#### 2.3.2.3. Concurrencia de dos actividades retribuidas

En estos supuestos hay que aceptar la compatibilidad y se produce la doble inclusión.

#### 2.3.2.4. Control efectivo (DA 27 LGSS)

Se entiende en todo caso que se produce tal circunstancia cuando: «Las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos la mitad del capital social».

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Al menos 50% del capital esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido en vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado.
- 2) Su participación social sea igual o superior al 33%

---

<sup>23</sup> ORTEGA PRIETO, E., *El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios: régimen general o de autónomos*, Praxis, Barcelona, 1999.

- 3) Su participación en capital social sea igual o superior al 25%, pero realice funciones de dirección y gerencia.

En los supuestos en que no concurran tales circunstancias la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador posee el control efectivo.

El administrador social ejecutivo con retribución y control de la sociedad quedará incluido en el RETA en los términos de la DA 27 LGSS.

Si el administrador tiene control, pero no percibe retribución, la solución no es pacífica, por cuanto, si no hay retribución de ningún tipo, la incorporación a un sistema contributivo de Seguridad Social no tiene sentido porque falta la renta sustituida, cuya pérdida tienen precisamente que compensar las prestaciones del sistema.

Sin embargo, la DA 27 establece que «estarán obligatoriamente incluidos en el RETA quienes ejerzan funciones de dirección y gerencia que conlleva el cargo de consejero o administrador... siempre que posea el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad mercantil para la que presta servicios».

¿Supone que los administradores sin retribución, pero con control efectivo, quedan incluidos en el RETA? La interpretación literal conduce a esa conclusión, habiendo sido interpretado también de ese modo por la Administración de la Seguridad Social.

Se justifica tal inclusión en que la administración se ejerce a título lucrativo por el mero hecho de ser socio con un importante porcentaje de participación.

Sin embargo, esta solución resulta cuestionable por cuanto sin percepción de rentas derivadas de una actividad profesional no puede funcionar un sistema contributivo de Seguridad Social, porque si no hay renta sustituida, difícilmente puede haber renta de sustitución<sup>24</sup>.

#### 2.4. LA RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 2005 SOBRE LA COTIZACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

A consecuencia de las múltiples interpretaciones que siempre ha suscitado el adecuado encuadramiento en los distintos regímenes de Seguridad Social de los administradores de sociedades mercantiles, teniendo en cuenta las distintas opciones que el cargo puede conllevar y en atención a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, la Seguridad Social dictó en 2005 una resolución a instancia de la consulta planteada por el Instituto de Consejeros y Administradores.

---

<sup>24</sup> Vid. STS de 7 de mayo de 2004 y 26 de junio de 2004. *Ceterum*, STSJ de Cantabria de 30 de enero de 2004 y STSJ de Castilla y León de 11 de mayo de 2004.



Esta resolución<sup>25</sup> de la Seguridad Social de 13 de mayo de 2005 vislumbra los distintos escenarios ante los que puede encontrarse un consejero o administrador frente a la Seguridad Social:

- a) Ante un supuesto en el que el consejero o administrador percibe una retribución por el cargo o por la relación laboral que le vincula con la empresa, posee el control efectivo de la sociedad y ejerce funciones de dirección y gerencia, la Seguridad Social considera que su correcto encuadramiento sería en el RETA.
- b) Ahora bien, en un supuesto como el anterior, pero en el que el consejero o administrador no ejerciera las funciones de dirección y gerencia, el consejero o administrador se encontraría excluido de cualesquiera de los regímenes de la Seguridad Social.
- c) Si el consejero o administrador percibe una retribución por el cargo o por la relación laboral que le vincula con la empresa, pero no posee el control efectivo de la sociedad y ejerce funciones de dirección y gerencia, su correcto encuadramiento sería el régimen de asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Esto implica una cotización similar al Régimen General, pero con exclusión de la protección por desempleo y del FOGASA.
- d) Ahora bien, si el consejero o administrador descrito en el apartado anterior no ejerciera las funciones de dirección y gerencia, se encontraría excluido del ámbito de aplicación de la Seguridad Social.
- e) Para aquellos supuestos en los que el consejero o administrador no perciba retribución alguna, pero sin embargo posea el control efectivo de la sociedad y ejerza funciones de dirección y gerencia, la Seguridad Social considera que el consejero o administrador debería estar encuadrado en el RETA.
- f) Ahora bien, si en el supuesto anterior, el consejero o administrador no ejerciera las funciones de dirección y gerencia, se consideraría excluido de cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.
- g) Si el consejero o administrador no percibe retribución alguna, no posee el control efectivo de la sociedad, pero ejerce funciones de dirección y gerencia, la Seguridad Social lo excluye de cualquiera de sus regímenes.
- h) La misma solución que en el supuesto anterior se aplicaría si el consejero o administrador no ejerciera las funciones de dirección y gerencia, esto es, exclusión de la Seguridad Social.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY ROMAGOSA, E., «La regulación laboral y de Seguridad Social de los administradores de sociedades mercantiles», *Economic & Jurist* 143, 2006, pp. 89-91.

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ PALLARÉS, L., «Resolución de la Seguridad Social sobre la cotización a la Seguridad Social de los miembros del Consejo de Administración de sociedades mercantiles», *Boletín de Noticias de Laboral* 8, 2005, pp. 5-6.

- BLASCO PELLICER, A., *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO BONETE, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de las relaciones de responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valladolid, 2000.
- DESDENTADO BONETE, A., «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia», *Justicia Laboral* 21, 2005, pp. 15-28.
- FERNÁNDEZ PALLARÉS, L., «Resolución de la Seguridad Social sobre la cotización a la Seguridad Social de los miembros del Consejo de Administración de sociedades mercantiles», *Boletín de Noticias de Laboral* 8, 2005, pp. 5-6.
- MOLINA NAVARRETE, C., «La actualidad de la cuestión de las zonas concurrentes entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 152-4, 2005, pp. 573-588.
- ORTEGA PRIETO, E., *El encuadramiento en la Seguridad Social de los administradores, altos directivos, socios trabajadores y familiares de socios: régimen general o de autónomos*, Praxis, Barcelona, 1999.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 14ª edición, Ramón Areces, Madrid, 2006.