

LA DENEGACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES

(Comentario a la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997)

POR ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS*

SUMARIO: I. Introducción. -II. Antecedentes de hecho. -III. Inclusión de los administradores ejecutivos en el Régimen General de la Seguridad Social. -IV. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997. -V. Regulación actual. Ley 66/97.- VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1997 (1), relativa al reconocimiento del derecho a la protección por desempleo contributivo de los administradores de sociedades capitalistas, trasciende sobre todo por su aparición después del nuevo cambio de orientación en la jurisprudencia en torno al encuadramiento de este colectivo dentro del sistema de la Seguridad Social, representado por la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, de 29 de enero de 1997 (2).

Ciertamente, la sentencia de enero contiene un novedoso enfoque sobre el régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena al considerar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social a los administradores sociales que trabajan para la sociedad en cuanto órgano de la misma, con independencia de que el vínculo de su relación de servicios sea de carácter mercantil; pronunciamiento llamado a provocar polémicos efectos, sobre todo en lo que a la acción protectora del sistema se refiere.

Uno de esos efectos, podría en principio, conducir al reconocimiento de la protección social del colectivo citado en toda su amplitud, como consecuencia

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad Pablo de Olavide).

(1) Ar. 4271

(2) Ar. 640.

de su inclusión en el área de actuación del Régimen General de la Seguridad Social. Pero, si algo deja claro la sentencia de 14 de mayo de 1997, dictada en unificación de doctrina, es la falta de equivalencia entre el encuadramiento en un determinado régimen de protección y el reconocimiento del derecho a las concretas prestaciones que puede dispensar dicho régimen.

En este sentido, la citada sentencia determina que los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, que desempeñan funciones ejecutivas o de gestión directa, no tienen derecho a percibir prestación contributiva de desempleo cuando cesan en su actividad, pues aunque son trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, dentro de cuyo ámbito protector está incluida la protección por desempleo, sin embargo, el vínculo de su prestación de servicios no está comprendido en el radio de acción del Derecho del Trabajo, al ser de naturaleza mercantil societaria, por lo que no se dan los presupuestos, ni se cumple la finalidad esencial de la prestación.

A continuación comentaremos esta sentencia, teniendo en cuenta que si bien su resolución se ajusta a la regulación actual en esta materia, sus razonamientos se sitúan en el marco de la doctrina creada por la sentencia de 29 de enero de 1997, razón por la cual haremos un recorrido obligado por las vicisitudes legislativas y jurisprudenciales que han dado lugar a una enorme inseguridad jurídica en torno a este tema.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

En las argumentaciones de la sentencia se describe la situación de un sujeto que prestaba servicios como gerente en una sociedad limitada, el cual fue nombrado administrador de la misma, asumiendo las funciones propias de cada puesto, y estando sólo subordinado a la Junta General de Socios. Posteriormente es cesado como administrador y pasa a desempeñar el cargo de jefe de tesorería, para inmediatamente un mes después, ser cesado en dicho puesto de trabajo.

La Entidad Gestora le deniega la prestación de desempleo, por entender irregular la acción del último nombramiento, llevado a cabo con el único fin de obtener la prestación; decisión que es recurrida y ganada en instancia por el interesado.

La decisión del Juzgado de lo Social es recurrida en suplicación, siendo revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 31 de octubre de 1995, sobre la base de considerar que *"una brevísima estancia en una función que sí pudiera permitirle aquel acceso prestacional, no basta para transformar la realidad"*; de manera que se presume que el último mes siguió ejerciendo las funciones como administrador.

Esta resolución judicial, que resuelve un supuesto muy concreto, abre la verdadera polémica objeto de este comentario: el derecho o no a la prestación de desempleo de los administradores ejecutivos de sociedades capitalistas, sobre todo, a raíz de la STS. de 29 de enero de 1997.

III. INCLUSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES EJECUTIVOS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El art. 205 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) considera sujetos beneficiarios de la prestación de desempleo a *"los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia"*.

Queda de manifiesto que el régimen jurídico de los administradores sociales ha sido modificado al quedar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, en el sentido de que si antes la imposibilidad de acceso a la protección de desempleo de estos sujetos era incuestionable, a partir de la sentencia de 29 de enero de 1997 podemos entender que, al menos el derecho a la misma es discutible, ante la falta de norma expresa que se pronuncie al respecto, situación jurídica que ha dejado patente la urgente necesidad de un cambio normativo que los incluya expresamente en un determinado régimen de Seguridad Social. A la vista de ello, vamos a analizar en qué condiciones se ha producido este encuadramiento.

El art. 1.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), recoge las notas características que definen al trabajador por cuenta ajena: es el que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena bajo la organización y dirección del empleador. Por tanto, desde el punto de vista laboral, no sólo la ajenidad caracteriza al trabajador por cuenta ajena, sino que las notas de la percepción del salario y la prestación del trabajo en régimen de dependencia o subordinación son elementos inseparables de esta figura.

Esta apreciación, si es tomada en sentido estricto, supondría no considerar trabajador por cuenta ajena a los sujetos que no participaran de los tres elementos citados. Sin embargo, la sentencia citada considera que *"el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de la Seguridad Social no son exactamente idénticos o coextensos"* (3); lo cual permite afirmar que, cuando el art. 7.1 de la LGSS describe el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, recoge a los trabajadores por cuenta ajena en el sentido laboral del término, y a trabajadores asimilados a ellos (4).

Es lo que ocurre con los supuestos de los administradores sociales ejecutivos, que pese a la falta de laboralidad de su vínculo son incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, según confirma la sentencia de 29 de enero de 1997.

(3) STS de 29 de enero de 1997. F.J. 5º.

(4) Para V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, negada la coextensión de las legislaciones de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, "se afronta un elemento, como es el de la relación de trabajo por cuenta ajena, cuya existencia o inexistencia (al margen de la dependencia, que es elemento de sincronía), no tiene por qué interpretarse de modo distinto en el ámbito de cada una de ellas con entidad propia por sí". "Administradores societarios: inclusión en el RETA. STS Social, de 29 de enero de 1997". AL n.º 4, 1998, pág. 224.

Ya en la regulación anterior al texto refundido de la LGSS (art. 61.2.a), partiendo de la exclusión de laboralidad recogida por el art. 7 de la Ley de Contrato de Trabajo (5), se establecía una distinción entre los trabajadores por cuenta ajena que ocupaban cargos directivos en las empresas, incluidos en el Régimen General por asimilación, y los que ostentaban pura y simplemente el cargo de consejero en las empresas que adoptaban la forma jurídica de sociedad, a los que se negaba tal asimilación.

Posteriormente, el trabajo de alta dirección se instauraba como una relación laboral especial, adquiriendo la nota de laboralidad (6), aunque no fuese confirmada hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto. Se mantenían fuera del ámbito laboral aquellas actividades que se limitaban pura y simplemente al cargo de consejero o miembro de los órganos de administración. De este modo, varias sentencias se pronunciaron sobre la falta de claridad del perfil del personal de alta dirección, al excluir de este colectivo a los que integraban los órganos de alto gobierno de las sociedades de capital, independientemente de la estructura que revistieran dichos órganos (7). Durante este período se venía aplicando por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo el criterio funcional para calificar si la relación existente era o no laboral, atendiendo a los trabajos o funciones asignados, consolidando la doctrina de que los administradores de sociedades capitalistas cuyas funciones excedieran de las propias de los meros cargos de consejeros, habrían de considerarse que prestan servicios por cuenta ajena, y como tales, quedarían incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (8).

La sentencia de 27 de enero de 1992 (siguiendo a la de 21 de enero (9) y de 3 de junio de 1991), cambia el rumbo de la doctrina anterior, imponiendo el criterio del vínculo, según el cual *"cuando se ejercen funciones gerenciales lo que determina la calificación, como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo y la posición de la persona que los desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral"*. Por tanto, siguiendo los

- (5) "No están comprendidos en esta asimilación a quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros en las empresas que adopten forma jurídica de sociedad".
- (6) Art. 3 de la Ley de Relaciones Laborales.
- (7) STS de 3 y 18 de junio de 1991. Ar. 5123, Ar. 5152
- (8) Según la opinión de V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, el inciso 2º del art. 61 de la LGSS de 1974, con su base en el art. 7 de la LCT, no puede convertirse a sensu contrario en una norma de inclusión, aunque no concurran en ellos los elementos definitorios del inciso primero. Por tanto, el inciso primero que es el básico, no puede aplicarse a los administradores activos, porque de los dos elementos del inciso precisos para la asimilación a trabajador por cuenta ajena, sólo reúnen uno. "Administradores societarios: inclusión en el RETA...". *Op. cit.* pág. 228.
- (9) Ar. 65

pronunciamientos de esta sentencia, *"la relación de colaboración con una determinada sociedad mercantil, tiene en principio naturaleza mercantil, cuando se desempeñan simultáneamente actividades de administración de la sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa de la que se es titular"* (10).

Quedan por tanto diferenciadas las funciones de administrador con las de alta dirección, de manera que si concurren ambas circunstancias en una misma persona, primarían las de administrador, que queda excluido de la relación laboral e incluso de su integración en el Régimen General, al limitar el campo de aplicación al personal de alta dirección.

La nueva regulación de la LGSS privó de contenido a la asimilación del personal de alta dirección, quedando incluido en el Régimen General directamente por vía del art. 97.2.a; los administradores sociales o delegados del órgano de administración que realizan actividades ejecutivas, al no existir relación laboral, eran incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en virtud de la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 23 de junio de 1992 y la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 29 de dic. de 1992 (que recogían los cambios jurisprudenciales señalados).

Tras un período de adaptación en la aplicación del nuevo criterio por la Administración, la jurisprudencia posterior (11), sienta las bases para acoger un cambio radical en dicho criterio mayoritariamente sostenido y aceptado hasta la fecha (especialmente por los Tribunales Superiores de Justicia), señalando que la relación de los socios administradores de una sociedad capitalista es una relación típica o esencialmente mercantil, y no laboral, por lo que no cabe su encuadramiento, afiliación o alta obligatoria ni en el Régimen General, ni en el Régimen Especial de Autónomos, al no estar previsto expresamente en la normativa de los mencionados Regímenes. Considera que *"no cumplen la condición de trabajador por cuenta propia, lo hacen por cuenta de la sociedad de capital para la que desarrollan su actividad, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de los resultados"* (12).

- (10) STS de 27 de enero de 1992 (Ar. 76), seguida por otras como STS de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 10221).
- (11) STS de 4 y 6 de junio de 1996. (Ar. 4884, Ar. 4996), seguidas por sentencias de 12 y 17 de junio de 1996.
- (12) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS considera que en estas sentencias se parte de una concepción escasamente rigurosa del ámbito del RETA. Para este autor no es necesario un gran esfuerzo argumental para sostener que los administradores activos reúnen las condiciones de la definición de trabajador autónomo, contenido en el art. 2 del RD. 2530/70: los que ejercen una actividad económica a título lucrativo, realizada de forma habitual, personal y directa, sin sujeción por ella a contrato de trabajo. Apunta el autor que en esta definición no se hace referencia a elementos de titularidad patrimonial y a la condición de socio, "que, sin embargo, operan como elementos clave, de modo incomprensible en el discurso de las sentencias comentadas". Administradores societarios: inclusión en el RETA...". *Op. cit.* pág. 229 y 230.

Consciente el Tribunal Supremo de que estos sujetos quedaban excluidos por esta vía del Sistema de Seguridad Social, sugería al Gobierno la posibilidad de hacer uso del mecanismo de la asimilación a trabajador por cuenta ajena previsto en el art. 97 de la LGSS (13).

Esta nueva situación se consolida con la STS. de 29 de enero de 1997, incluyendo definitivamente en el Régimen General a los administradores sociales, sobre la base de la falta de identificación entre el Ordenamiento Laboral y el de Seguridad Social, de manera que nada impide incluir en el Régimen General a "aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral" (14).

En realidad, la pretensión es la de incluir en el Régimen General a los administradores sociales ejecutivos ateniéndose exclusivamente al elemento de la ajenidad, pues éstos trabajan por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno les está encomendado, prescindiendo del elemento de la dependencia. En el mismo sentido, se determina su inclusión en el Régimen de Autónomos cuando su participación en el capital social es mayoritaria, pues en este caso faltaría además la nota de la ajenidad, pues "el fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía del incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio".

La justificación de este encuadramiento venía determinada por varios frentes: por un lado, la situación de vulnerabilidad de estos sujetos a ciertos riesgos, sobre todo en sociedades de pequeña dimensión; la constatación de la jurisprudencia y la práctica administrativa, apoyada con antecedentes normativos (art. 7 de la LCT, Decreto de 17 de nov. de 1950); la imposibilidad de su inclusión en el Régimen de Autónomos, como ya confirmaba la sentencia de 4

- (13) Según opinión de E. BORRAJO DACRUZ, "Los Tribunales Laborales siempre han reforzado la presunción de la laboralidad". Afirma que "en el supuesto de concurrencia entre la situación mercantil y la situación de personal de alta dirección, la solución debe primar en favor de la segunda". Para el autor, los administradores activos serían "cargos directivos máximos" que están incluidos en el art. 2.1.a del ET al no estar incluidos en el art. 1.3. c; así, considera que el Gobierno al refundir en 1994 las normas sobre el Régimen General de la Seguridad Social en el nuevo art. 97.2.a, sólo se refirió expresamente al personal de alta dirección porque entendió expresamente al personal de alta dirección porque era superfluo seguir hablando de administradores societarios, ya que éstos, en cuanto administradores ejecutivos, eran personal de alta dirección y estaban como tales, incluidos entre los trabajadores por cuenta ajena sin más, sin necesidad de una asimilación legal expresa. "Socios-trabajadores y administradores de sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social". *AL.* n° 39, 1998, pág. 963.
- (14) STS de 29 de enero de 1997. F.J. 5°. Este criterio ha sido seguido por STS de 30 de enero, 7 de febrero (Ar. 1001), 4 de marzo (R° 2557/96), 14 de abril, 23 de mayo (R° 1423) y 3 de julio de 1997 (R° 3009/96).

de junio de 1996, en razón a la falta de fuerza normativa de las disposiciones administrativas que regulaban dicho encuadramiento (15); y la imposibilidad de ser calificados como administradores externos, en los términos del art. 1.3.c del TRET (que los excluye expresamente de su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social), ya que no se limitan sus funciones a las puramente consultivas, sino que también asumen funciones ejecutivas o gerenciales (16).

Como se puede apreciar, esta doctrina ha ocasionado disfunciones en orden al encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social, pues el cargo de administrador social ejecutivo podría deambular entre un Régimen u otro dependiendo de la adquisición de participaciones en el capital social.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 1997

A partir de las premisas anteriores, debemos proceder a analizar las consecuencias jurídicas derivadas de los vaivenes de la jurisprudencia en el ámbito de aplicación de la acción protectora de la Seguridad Social; y más concretamente en la protección social por desempleo.

No cabe una identificación absoluta entre el "sujeto incluido en el ámbito de aplicación" del Sistema de Seguridad Social y el "sujeto protegido". La primera expresión, utilizada en el art. 7 de la LGSS hace referencia a aquellas personas que al desarrollar un tipo de actividad profesional, deben cumplir determinadas obligaciones de afiliación y cotización, en virtud de las cuales "podrán" causar derecho a las prestaciones que otorga el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, la segunda expresión, que lo define como "todo aquél que ostenta un derecho genérico, potencial o actual a la protección de la Seguridad Social" (17), es más adecuada para conocer el alcance de la protección a la que

- (15) La Circular de la TGSS n° 2034 de 29 de diciembre de 1992 se ajustaba a una correcta interpretación del art. 61.2.a de la LGSS de 1974 pues se fundaba en una copiosa jurisprudencia: toda la línea jurisprudencial de la Sala 4ª sobre la calificación de la actividad de los administradores sociales activos por la índole del vínculo, y no por la de la actividad, de imposible definición diferencial, y toda la línea jurisprudencial de la Sala 3ª, a partir de la sentencia de 26 de abril de 1991. V. CONDE MARTÍN DE HIJAS. *Op. cit.* pág. 229.
- (16) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, "Administradores societarios: inclusión en el RETA...". *Op. cit.* pág. 227. En opinión del autor, la frecuente distinción entre consejeros externos y administradores activos distorsiona el verdadero alcance del precepto (art. 61.2.a de LGSS de 1974). "no existe base precisa en la ley para recortar el alcance de la exclusión sobre la base, ausente, de entender que la sobrecarga de actividad prestacional de un órgano social, por muy activo que sea, pueda desfigurar la condición jurídica del cargo desnaturalizando su carácter de miembro de los órganos de administración, para así extraerle de la exclusión del art. 1.3.e del ET".
- (17) M.R. ALARCÓN CARACUEL Y S. GONZÁLEZ ORTEGA. *Compendio de Seguridad Social.* Madrid 1991, pág. 60.

tiene derecho un sujeto concreto. Es éste el término utilizado por el art. 205 de la LGSS, al referirse a la protección por desempleo: "*Personas protegidas*".

No todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General tienen acceso a la prestación, sino sólo aquéllos que ostentan el derecho al cumplir los requisitos exigidos por la normativa específica reguladora del desempleo. Por tanto, como afirma la sentencia comentada, "*no cabe deducir que toda persona incardinada en este ámbito goza de tal beneficio*" (18).

Antes de la regulación actual, la LGSS de 1974, podía deducirse el derecho a la protección por desempleo de los administradores ejecutivos por estar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social sin ningún tipo de limitación expresa en su cobertura material, a diferencia de los límites establecidos respecto a los sujetos asimilados del art. 83.2 de dicha norma (19).

La LGSS de 1994 (refundiendo la Ley 31/84 reguladora de la Protección por Desempleo), establece que para ser persona protegida por la prestación de desempleo, exige el art. 205.1 tener la condición de trabajador por cuenta ajena incluido en el Régimen General del Seguridad Social, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, sin hacer ninguna mención a los sujetos asimilados (20).

Por lo que concierne a la exigencia de ser trabajador por cuenta ajena, destacar que tal expresión no se utiliza a efectos del reconocimiento de otras prestaciones contributivas: así, por ejemplo, el art. 130.1 de la LGSS indica que serán beneficiarios de la prestación de incapacidad temporal "*las personas integradas en este Régimen General*". En el mismo sentido se pronuncian los preceptos referidos al resto de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social: incapacidad permanente (art. 138); prestaciones económicas recuperadoras (art. 153.1); jubilación (art. 161.1); y prestaciones de muerte y supervivencia (art. 172).

Podría interpretarse, según lo expuesto, que para causar derecho a la prestación de desempleo, no basta ser persona incluida en el Régimen General (p.e. el clero de la Iglesia católica y otras confesiones religiosas, excluidos de la protección por desempleo), sino tener la condición de trabajador por cuenta

(18) F.Jº. 3º.

(19) "En el supuesto a que se refiere el aptdo. h del número 2 del artículo 61 la propia norma en la que se disponga la asimilación a trabajadores por cuenta ajena determinará el alcance de la protección otorgada".

(20) E. BORRAJO DACRUZ considera que "es más que probable que haya que aceptar que entre los sujetos protegidos en esta contingencia también están los asimilados de dicho Régimen Cree, en contra de lo sostenido en la sentencia que comentamos, que la exclusión se basa en una interpretación gramatical de la norma, que "no se puede pedir al legislador que siempre que quiera mantener la correspondencia con el ámbito personal completo del Régimen General haya de especificar que se refiere tanto a los trabajadores por cuenta ajena en sentido estricto como a los que gocen de tal asimilación". Por tanto, para él, "si no hay tal exclusión o reducción expresas, habrá que entender que la remisión totalizadora se ha producido". "Socios-trabajadores y administradores...", *Op. cit.* pág. 969.

ajena en el sentido estricto del término; es decir, cumpliendo todos y cada uno de los elementos que lo definen.

En el supuesto de los administradores societarios, la sentencia argumenta que es el carácter mercantil del vínculo y su condición lo que los excluye de la protección por desempleo, ya que no serían trabajadores por cuenta ajena sujetos al ordenamiento laboral; ambos "*hacen incompatible su relación profesional con los fines y objetivos, e incluso con la propia razón de ser, de la prestación de desempleo*" (21).

Ello se conecta con el objeto de protección de esta prestación: cubrir el riesgo de la pérdida de empleo, o como precisa la sentencia, "*el riesgo de la pérdida de las rentas de trabajo que el cese en el empleo conlleva*" (22). Se considera que al hablar de "*empleo*", se alude a una relación sujeta al Derecho Laboral; no parece que se haga referencia a otro tipo de relaciones profesionales, aunque puedan tener ciertas semejanzas con una relación de naturaleza laboral.

De manera similar se pronuncia la jurisprudencia en el supuesto de los miembros de las Corporaciones Locales. Estos no son considerados beneficiarios de la prestación de desempleo cuando terminan su mandato, aunque coticen, por no considerarse su prestación profesional de carácter exclusivo como ocupación o empleo, sino como cargo público (23).

En el caso de los administradores sociales, la exclusión de la condición de beneficiario del desempleo radica en su ostentación del poder de mando y dirección de la sociedad. Como mantiene la sentencia, "*no es que se limiten a ostentar un determinado cargo directivo de la empresa de que se trate, es que en ellos se encarna y hace realidad el poder de dirección de la compañía*". No son por tanto, sus funciones las que determinan la naturaleza mercantil del vínculo, sino la posición que ocupa como órgano societario rector. Así lo corrobora la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de mayo de 1997, que afirma que "*reconocer el derecho a la prestación de desempleo a personas en las que se residencia el poder de mando y dirección de las sociedades, es abrir una brecha en la que se dificulta en gran medida el control que sobre el correcto reconocimiento y la gestión de la prestación ha de efectuar la entidad gestora, y ello, precisamente, en un tipo de prestación en el que, por desgracia, los niveles de fraude son particularmente elevados*" (24).

Por otro lado, en cuanto a la remuneración, el art. 7.1.a de la LGSS delimita el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social "*con independencia de la categoría profesional del trabajador y la forma y cuantía de la remuneración que perciba*".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996 considera que los administradores "*trabajan por cuenta de la sociedad de*

(21) F.Jº. 3º.

(22) F.Jº. 3º.

(23) A excepción del supuesto del art. 75 de la Ley 7/85, cuando cumplen el cargo en excedencia forzosa ante la imposibilidad de reingreso).

(24) Rº 1434/96. Fº. Jº. 3º.

capital para la que desarrollan su actividad, pues de ella reciben la remuneración que devengan, por más que dicha retribución se hubiera fijado en función de los resultados”.

Sin embargo, la STS. de 29 de enero niega la laboralidad de la relación de estos sujetos por considerar que no son trabajadores asalariados ni dependientes (25). Lo cierto es, que aunque estos administradores puedan percibir una remuneración por la realización de su actividad, no se trata de un salario en el sentido estricto que lo menciona el art. 203.2 de la LGSS (26). Como afirma la sentencia que se comenta, “tal remuneración no es en ningún caso una renta salarial”, de manera que no surge el derecho al desempleo al no poderse cumplir la finalidad esencial de la prestación: sustituir las rentas salariales por la pérdida del empleo (27).

Por otro lado, para ser beneficiario de la prestación contributiva de desempleo, es necesario tener previsto cotizar por dicha contingencia, y tener efectivamente cubierto un período mínimo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

En general, los sujetos incluidos en el ámbito del Régimen General están obligados a cotizar por la contingencia de desempleo, pero existen determinados supuestos particulares, previstos expresamente por la ley, en los que no se está obligado a cotizar por la misma (prestaciones personales obligatorias, trabajos de colaboración social, contratos de formación en régimen transitorio, etc).

La sentencia de 14 de mayo de 1997 considera que “sólo si la normativa vigente les impone la obligación de cotizar por esta contingencia podrá entenderse que tienen derecho a lucrar la correspondiente prestación” (28). En este caso, al no encontrar previsiones legales expresas al respecto, no puede deducirse esa obligación de cotizar, y por ello, el derecho a la prestación, siendo

(25) Según indica la sentencia “...el campo principal de aplicación de la legislación laboral debe referirse de forma más precisa a los trabajadores asalariados”. F.Jº. 5º.

(26) El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía realizando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

(27) “El riesgo de la pérdida de las rentas de trabajo, siendo la cobertura básica de esta prestación es lógico que la misma se reconozca tan sólo a los trabajadores comprendidos en el radio de acción del Derecho Laboral, sin perjuicio de que también pueda aplicarse, por mandato expreso de la ley, a ciertas situaciones que no están incluidas en este radio de acción pero que no están incluidos en radio de acción, pero esas especiales situaciones no tienen nada que ver con los administradores societarios”. STS de 26 de mayo de 1997. Fº. Jº. 3º.

(28) F.Jº. 3º. Sin embargo, la STSJ de La Rioja de 19 de junio de 1997 reconoce la plena eficacia de las cotizaciones efectuadas al Régimen General cuando la participación es minoritaria, durante el periodo que ostentó el sujeto el cargo de consejero-delegado, máxime cuando simultaneó dicho cargo con la prestación de servicios como director comercial, por los que la obligación de cotizar al Régimen General resulta incuestionable (Ar. 2087).

indiferente que se hayan podido ingresar indebidamente cotizaciones para cubrir esta contingencia (29).

Por último, para causar derecho a esta prestación, debe existir una situación legal de desempleo, circunstancia que también viene definida por la ley; concretamente por el art. 207.c de la LGSS y que se produce por la extinción o suspensión de la “relación laboral”.

En el art. 208 de la LGSS, que enumera los distintos supuestos, no encontramos referencia alguna sobre situaciones extintivas o suspensivas derivadas de relaciones mercantiles.

V. REGULACIÓN ACTUAL. LEY 66/97

La inseguridad jurídica originada por los cambios de criterio operados por la jurisprudencia, planteó la necesidad de resolver normativamente la situación jurídica de los administradores sociales y socios trabajadores en torno a su encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social. La Ley 24/97, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, dirige un mandato al Gobierno en su disposición adicional segunda para que regule el encuadramiento de estos sujetos dentro del Sistema de Seguridad Social.

Este mandato se ha visto cumplido con la entrada en vigor de la Ley 66/97, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que en su disposición adicional cuadragésimo tercera introduce una nueva disposición adicional vigésimo séptima, determinando la inclusión de los administradores sociales dentro del sistema de Seguridad Social en función de la concurrencia de una serie de factores.

El cambio de criterio parte de la nueva delimitación, más estricta, del concepto de trabajador por cuenta ajena, recogido en el art. 7.1.a de la LGSS, que exige para su inclusión en el Sistema de Seguridad Social no sólo la cualidad de ajenidad, sino además que el trabajo sea realizado bajo el principio de subordinación o dependencia (“los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios en las condiciones establecidas en el art. 1.1 del ET en las distintas ramas de producción”).

Conforme a esta previsión normativa de la D.A. 43ª de la Ley 66/97, los administradores sociales activos o consejeros ejecutivos, sean o no socios de la empresa, son incluidos en el Régimen Especial de Autónomos, como consecuencia del predominio del vínculo mercantil societario sobre el laboral. Estos quedan incluidos siempre que su actividad no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad, ya perciban una retribución fija como tales administradores, o aun cuando no sean retribuidos estatutariamente por desempeñar tal

(29) “... si el interesado no ostenta el derecho, el mismo no puede nacer por la sola circunstancia de que se hayan pagado dichas cuotas”. F.Jº. 3º.

cargo, pero perciban otra remuneración por su condición de personal de alta dirección o de trabajador ordinario en dicha sociedad.

Lo que determina su incorporación al RETA es básicamente el ejercicio de la administración social ejecutiva, que comprende la dirección y gerencia de la sociedad, siendo secundario el que sea retribuido de manera directa o no por el ejercicio de dicho cargo, y al margen de la naturaleza jurídica (común o especial) de la actividad por cuenta ajena que pueda realizar el administrador en la misma sociedad (30).

En este sentido, los argumentos que sirvieron a la jurisprudencia para no incluirlos en este Régimen, son utilizados ahora para lo contrario. Por tanto, queda resuelta indirectamente la problemática en torno al derecho de estos sujetos a la prestación de desempleo, ya que su encuadramiento en el RETA los excluye automáticamente de dicha protección.

Por último, la Ley 66/97, cuando da una nueva redacción a la letra a. del apartado segundo del artículo 97 de la LGSS, incluye en el Régimen General al personal de alta dirección, si no forma parte del órgano de administración, o cuando formando parte de éste, sus funciones se limiten a las meramente consultivas o de asesoramiento.

VI. CONCLUSIÓN

Estamos ante relaciones mercantiles en las que es difícil delimitar a veces la posición de los sujetos en la organización empresarial, asumiendo funciones que se encuentran en la frontera entre la figura del trabajador por cuenta ajena y el empresario. Esta sentencia considera que la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, no los convierte en trabajadores por cuenta ajena en el sentido que lo recoge el ordenamiento laboral, condición ineludible para causar derecho a la prestación de desempleo, la más contributiva del sistema, pues sus presupuestos y su fin son inseparables de los elementos definidores establecidos en el art. 1.1 del TRET: ajenidad, dependencia y carácter asalariado.

La sentencia de 14 de mayo de 1997, quizás haya sido el último elemento que ha mostrado la debilidad argumental sobre la que se construía el régimen jurídico del encuadramiento de los administradores sociales. En realidad, lo que

30) Para E. BORRAJO DACRUZ la posición "más realista" de la inclusión de los administradores ejecutivos en el RETA constituye una decisión política, teniendo en cuenta como efectos los siguientes: esta inclusión implica que éstos no tendrán derecho por desempleo; se respetará la intensa acción administrativa efectuada en éstos cuatro últimos años a favor de esta postura; se mantiene el tenor literal restrictivo de la LGSS de 1994; se adecuarán las bases de cotización a la realidad socio-económica de cada asegurado; y evita las "graves incertidumbres jurídicas" que pueda generar un derecho de opción al interesado entre RGSS y RETA. "Socios-trabajadores y administradores...", *Op. cit.* pág. 970-971.

se discutía era el derecho a la protección por desempleo de esta categoría de sujetos; en otro caso, la polémica estaría vacía de contenido, pues actualmente el alcance de la acción protectora en el Régimen General y en el Régimen Especial de Autónomos es muy similar, a salvo de esta prestación, no comprendida en el ámbito de aplicación del último.

Han podido ser motivaciones de tipo político-económico, unido a razonamientos de carácter jurídico-administrativos, los que han movido al legislador a incluir de nuevo en el Régimen Especial de Autónomos a los administradores sociales ejecutivos, ante la falta de claridad argumental de los que sostienen la prestación de la protección por desempleo de estos sujetos por entender que su prestación de servicios no está comprendida, aunque cercana, en el radio de acción del Derecho del Trabajo.

Pero sobre todo, lo que debemos concluir, positivamente, es el punto y final de un período de evidente y peligrosa inseguridad jurídica que en nada ayudaba a sentar los pilares de un Sistema de Seguridad Social que se esfuerza por delimitar debidamente su ámbito de aplicación frente a otras disciplinas jurídicas.