

## Encuadramiento de socio administrador erróneo y obligación de comunicar la variación de datos a la seguridad social. Comentario a la STS (CA) núm. 1658/2018, de 25 de octubre<sup>1</sup>

### Erroneous managing partner framework and obligation to communicate data variation to the Social Security. Comment on Supreme Court Ruling No 1658/2018 of 25 October

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE LEÓN

#### Resumen

Se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, orden contencioso administrativo, que resuelve sobre el debido encuadramiento de un administrador y titular de participaciones en una sociedad limitada, la imputación de la responsabilidad en orden a la variación de datos en la Tesorería General de la Seguridad Social y la pertinencia de su modificación extemporánea

#### Abstract

This is an analysis of the Supreme Court ruling (contentious administrative) which issues judgement on the proper framework of a director and shareholder of a limited company, the assignment of liability about data variation at the Social Security, and the relevance of its extemporaneous modification.

#### Palabras clave

encuadramiento, variación de datos, trabajador autónomo, administrador, retroactividad

#### Keywords

Framework; data variation; self-employed worker; director; retroactivity

### 1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA COMENTADA

Con fecha 08/01/1992 se constituye una sociedad limitada, y el recurrente es titular del 33 %. Junto con otra persona, son administradores solidarios. El 27/07/1993 pasan a ser titulares del 50 % de las participaciones, y el 21/05/1997 se convierte en administrador único.

Desde el 18/05/1994, causa alta en el Régimen General hasta el 31/12/1998 con contrato de menos de 12 horas semanales o 48 horas mensuales de 18/05/1994 a 31/12/1998. Desde el 01/01/1999, presentada el 06/04/1999, se modifica a contrato a tiempo parcial. El 02/04/2008 la sociedad limitada se incorpora al sistema RED, y la Tesorería de la Seguridad Social en esa fecha envió la vida laboral de empresa para la verificación de los datos existentes en el Sistema de Información Laboral y su posterior corrección si fuera necesario, no solicitándose variación alguna.

<sup>1</sup> Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-82192-C3-1-R.

La empresa transmitió por RED la liquidación correspondiente al periodo 04/2008, haciendo constar un contrato indefinido a tiempo completo, y a partir de enero de 2009 se produce un incremento de la base de cotización superior al 50 % de las anteriores.

En marzo de 2015 solicitó el cambio de su encuadramiento del Régimen General de la Seguridad Social al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y la modificación de su tipo de contrato y jornada en la empresa desde 01/01/1999.

La Resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de 13/07/2015 confirma enalzada la Resolución de la Administración nº 28/77 de 05/05/2015, la cual, estimando en parte la solicitud del recurrente acuerda modificar el tipo de contrato pasando de tiempo parcial a tiempo completo desde 01/04/2008, declara indebida su alta en el Régimen General respecto de la empresa y procede al alta en el RETA con fecha 01/05/2015.

De conformidad con lo previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el orden social no es competente sobre “las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social” (art. 3), perteneciendo su conocimiento, como así ha sucedido en el *iter* judicial examinado, al orden contencioso-administrativo.

Por tal razón, contra dicha Resolución interpone recurso ante el TSJ de Madrid, que falla en Sentencia (CA) núm. 187/2016, de 22 de junio, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmando las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social e imponiendo las costas procesales al recurrente.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid.

## 2. ALEGACIONES DE LAS PARTES

En su demanda, el recurrente solicita la anulación de las resoluciones administrativas y la declaración de su derecho “a modificar el Fichero General de Afiliación el Tipo de Contrato por el código 100 y el cambio de C.T.P. por el de tiempo completo con efectos de 1 de Enero de 1999”. Justifica además tal solicitud de cambio en que causó baja en fecha 31/12/1998 en otra actividad laboral simultánea y desde 01/01/1999 trabaja en exclusividad para la sociedad de la que es socio y administrador, aportándose a efectos acreditativos informe de vida laboral emitido por la TGSS de fecha 16/07/2014.

Por su parte, la Administración de la Seguridad Social insta la confirmación de las resoluciones recurridas argumentando que la modificación de los datos facilitados al

promoverse la afiliación o primer alta del trabajador puede efectuarse mediante solicitud expresa al efecto y dentro del plazo de los seis días siguientes a aquél en que la variación se produzca.

Los boletines de cotización por mensualidades anteriores a 2008, en donde se hacía constar la jornada completa (código 100) efectivamente desempeñada no son acusables frente a la Administración, pues su finalidad primordial es la liquidación de cotización mensual siendo a esos efectos un dato meramente accesorio el tipo de contrato, pues la referencia esencial a efectos de cotización es la base de la misma, cuya cuantía y correcta determinación no está vinculada al tipo de contrato, de manera que el boletín de cotización mensual no es un documento hábil para justificar y propiciar, en su caso, un cambio de tipo de contrato; y que no cabe la retroactividad del cambio de contrato antes de Abril de 2008 porque es entonces cuando el recurrente modifica sus trámites de comunicación con la TGSS incorporándose al Sistema RED, lo que motiva una revisión y readecuación de los datos del trabajador.

### **3. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

El supuesto examinado por el Tribunal Supremo aborda una cuestión compleja con múltiples ramificaciones, las cuales van a ser examinadas a continuación de forma separada: efectos del alta y la variación de datos, sujetos obligados a realizar tales actos administrativos, utilización del sistema RED, cotización a tiempo parcial o completo, encuadramiento en el RETA o en el Régimen General de los administradores de sociedades y titulares de acciones, y las diferencias entre los Regímenes en cuestión.

#### **3.1. Eficacia del alta, obligación de variación de datos y sistema RED**

Una de las cuestiones que aborda la Sentencia comentada es la eficacia del alta y las ramificaciones de la obligación de la variación de datos. En el supuesto de hecho, el recurrente había estado cotizando al Régimen General por horas hasta 1998 y a tiempo parcial hasta 1999. En 2015 la Tesorería General de la Seguridad Social modifica el tipo de contrato, con efectos desde 2008, de tiempo parcial a tiempo completo, habiendo cotizado durante ese tiempo por esa condición.

Esta variación de datos solicitada y concedida forma parte, como la afiliación, altas y bajas, de los actos administrativos de “encuadramiento”, que suponen la adscripción formal al sistema de Seguridad Social.

A partir de la afiliación y el alta inicial, la posibilidad de variar los datos de la adscripción al Sistema de Seguridad Social permite ir dando cuenta de la situación real de la relación y de su trasfondo profesional. Además, resultan necesarios para la formalización válida de la relación jurídica<sup>2</sup> y para la aplicación de técnicas contributivas de Seguridad Social, donde tienen pleno sentido y operatividad. Constituyen así “controles

<sup>2</sup> VAL TENA, A.L.: “Artículo 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2003, pág. 94.

administrativos” que determinan tanto la posición de los sujetos protegidos como la de los sujetos obligados a cotizar<sup>3</sup>.

En cuanto a su eficacia, es meramente declarativa, son definidos como “simples obligaciones accesorias, instrumentales”<sup>4</sup>. Las altas y bajas concretan “la situación de la de las relaciones jurídicas de cotización y protección y reflejan el desarrollo de las relaciones laborales subyacentes”<sup>5</sup>, pero no son constitutivas de las mismas.

En cuanto a los obligados a comunicar estos actos administrativos, difieren en atención al Régimen en el que estén encuadrados. Así, si fueran trabajadores por cuenta ajena, “los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el Régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquélla”; en cambio, los autónomos, “además de solicitar su afiliación, estarán asimismo obligados a comunicar directamente el inicio o cese de sus actividades, a efectos de las altas y bajas de los mismos en el Régimen en que figuran incluidos” (art. 29 RD 84/1996).

Debido a las características propias de este último colectivo, su afiliación conlleva algunas peculiaridades, entre otras, el carácter único y exclusivo de la afiliación y el alta<sup>6</sup>, así como su disponibilidad y autonomía<sup>7</sup>. Corresponde a los trabajadores por cuenta propia, se insiste, ante la inexistencia de empresario, la obligación de instar su oportuna inclusión en el Régimen Especial y, por consiguiente, con carácter general, el responsable del incumplimiento de tal deber.

Estas variaciones que puedan producirse en los datos de los trabajadores en alta causarán efectos a partir del momento en que aquellas se produzcan siempre que sean comunicadas en tiempo y forma a la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o a la administración de la Seguridad Social. En otro caso, surtirán efectos a partir del día en que se comuniquen, salvo cuando la variación producida en una fecha anterior tuviera repercusión en la cotización, en cuyo caso retrotraerá sus efectos al día en que hubiera tenido lugar, procediendo tanto la reclamación de las cuotas que resulten exigibles como el derecho a la devolución de aquellas que hubieran sido ingresadas indebidamente, siempre que unas y otras no sean anteriores a los últimos cuatro años. Todo ello sin perjuicio de que los sujetos obligados a comunicar estas variaciones incurran en las sanciones y en las responsabilidades que de su falta se deriven con anterioridad a la fecha en que la comunicación se produzca (art. 37 RD 84/1996).

Estos actos de encuadramiento, como se refería en los párrafos iniciales, son actos formales que no deben prejuzgar las relaciones materiales de cotización y prestación, al ser

<sup>3</sup> PÉREZ YÁÑEZ, R.: “Art. 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 102.

<sup>4</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1989.

<sup>5</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1979.

<sup>6</sup> STS, Cont.-Admvo., 15 marzo 1996 (Rec. núm. 2847/1992).

<sup>7</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007, pág. 159.

estos actos de distinto signo, como los de declaración y liquidación de la deuda contributiva y las de reconocimiento de prestaciones<sup>8</sup>.

En este caso, la empresa comienza a cumplir con su obligación de transmisión de información a la Tesorería a través del Sistema de remisión electrónica de datos (Sistema RED) en 2008. Se trata de un “servicio gestionado por la Tesorería General de la Seguridad Social para el intercambio electrónico de datos o documentos, así como para la comunicación de actuaciones administrativas entre el citado servicio común y las entidades gestoras de la Seguridad Social y los autorizados para ello, con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social por parte de los sujetos responsables”, entre otras materias, respecto a las “actuaciones contempladas en la normativa reguladora de la inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores, así como de la cotización y recaudación de empresas y trabajadores en el ámbito de la Seguridad Social” (art. 1 Orden ESS/484/2013, de 23 marzo)<sup>9</sup>.

De acuerdo con la citada Orden, “las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social y en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y para la Minería del Carbón, con independencia del número de trabajadores que mantengan en alta” estarán obligados a su incorporación al Sistema RED” (art. 2).

Hasta el 1 de octubre de 2018, los autónomos sólo estaban obligados cuando al mismo tiempo tuvieran la condición de empresarios obligados a transmitir por dicho sistema los datos relativos a sus trabajadores, en cuyo caso también estarán obligados a transmitir por el mismo sistema sus propios datos como trabajadores autónomos. Pero a partir de la Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, por la que se modifica la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social, están también obligados “los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como trabajadores por cuenta propia clasificados, a efectos de cotización, en el grupo primero del artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, con independencia de que tengan o no trabajadores a su cargo” (art. 2).

### **3.2. Encuadramiento en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos**

En el caso examinado, en consecuencia, la obligación de comunicar el alta y posteriores variaciones de datos del recurrente resultará imputable al recurrente o no en función de la vinculación como autónomo o laboral del actor. Para ello se analizarán cada uno de los encuadramientos del mismo de forma cronológica.

<sup>8</sup> STS 17 enero 2006 (Rec. núm. 3009/1996).

<sup>9</sup> Un estudio en profundidad sobre las implicaciones del procedimiento administrativo electrónico en materia de Seguridad Social, MERCADER UGUINA, J.R.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, págs. 134 y ss.

### 3.2.1. Contrato a tiempo parcial

El recurrente estuvo, en sus comienzos, dado de alta como trabajador por cuenta ajena con jornada (y cotización) inferior a la de un empleado a tiempo completo comparable, si bien posteriormente la Tesorería reconoció la calificación como tiempo completo de cierto lapso temporal coincidente con una cotización en igual sentido.

Desde luego, en el momento en que estuvo cotizando a tiempo parcial el recurrente y aun en la actualidad, la protección social del trabajador a tiempo parcial presentaba varios “agujeros negros”<sup>10</sup>: la forma de aplicar la integración de lagunas, la diferente forma de computar los períodos de ocupación cotizada entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, el juego de los topes mínimos y máximos en la prestación por desempleo<sup>11</sup> y la cuantía proporcional del subsidio asistencial<sup>12</sup>.

Al cabo, las dificultades que han experimentado y siguen haciéndolo los trabajadores a tiempo parcial, con una regulación y distribución de la jornada cada vez más flexibles, ponen de relieve las carencias que todavía persisten (aun con las últimas reformas legislativas, como el RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo) y que acaban por abocar a la calificación de dicha modalidad contractual como precaria, e integrar a los trabajadores en el ejército de *working poors*: “el contrato a tiempo parcial precariza a los sectores más vulnerables de la población porque los colectivos contratados a tiempo parcial son principalmente mujeres y jóvenes”<sup>13</sup>.

Tal es el razonamiento fácilmente comprensible que impulsa la petición de cambio de contrato: lograr una mejor protección social.

### 3.2.2. Encuadramiento de los administradores titulares de acciones en la sociedad

Desde el año 1992, el recurrente es titular de 33 % de las acciones de la sociedad que administra, primero solidariamente con otra persona, y después, cuando pasa a ser titular del 50 % de las participaciones, de forma única.

Las tareas de administración de la sociedad y la participación en la misma con los porcentajes de 33 % y 50 % hacen necesario precisar en qué Régimen procedería su encuadramiento.

<sup>10</sup> Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Discriminación indirecta en el desempleo en el contrato a tiempo parcial «vertical» en España. Asunto «Espadas Recio»”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2018.

<sup>11</sup> Al respecto, ALCÁZAR ORTIZ, S.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial: cálculo de la prestación y porcentaje de parcialidad (STS de 20 de mayo de 2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extr., 2015.

<sup>12</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: “El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo. (Comentario a la STS de 7 de diciembre de 2016)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017, pág. 168; BLÁZQUEZ AGUDO, E.: *Protección por desempleo*, Lisboa (Juruá), 2016, págs. 61 y ss.; CABEZA PEREIRO, J.: “La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”, *AS*, núm. 20, 2011 (BIB 2010\3245).

<sup>13</sup> ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista de información laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).

La adscripción de tales actividades al Régimen General o al de Autónomos no ha dejado de sufrir vaivenes legales. Así, el vacío legal existente hasta la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, obligó a acudir a la jurisprudencia, que, con carácter general, negaba la cobertura en este Régimen Especial tanto al administrador, como a los socios de tales compañías, al entender que “la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria; no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3, c) ET, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1, a) del mismo cuerpo legal... El Régimen Especial, previsto por el artículo 7.1, b), en relación con el artículo 10.2, c), LGSS, y desarrollado por el Decreto 2530/1970, no incluye en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil, en las sociedades de capital. Tal Régimen Especial sólo intenta dispensar protección al trabajador por cuenta propia o autónomo, entendiendo por tal al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas”<sup>14</sup>.

Posteriormente, la disposición adicional 43ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, seguida por Resoluciones de 5 y 6 de junio de 1998, estableció los criterios que determinaron la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, recogiendo y clarificando la situación de estos trabajadores en orden a su adecuado encuadramiento. El legislador se decantó “por su alta en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según la actividad desarrollada y control sobre la sociedad”<sup>15</sup>. Por ello, la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que afectaba tanto a socios trabajadores como a administradores sociales, venía determinada por el control efectivo.

Por tanto, concurriendo tal circunstancia, estaban obligados a afiliarse quienes ejercieran funciones de dirección y gerencia propios del cargo de consejero o administrador; o aquéllos que prestaban otros servicios para la sociedad mercantil a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.

La disposición adicional 27ª LGSS/1994 procuró fijar qué debía entenderse por control efectivo. El precepto presume el control efectivo cuando concurren las siguientes situaciones; la primera sin admitir prueba en contrario, el resto, abiertas a que el interesado pueda acreditar la procedencia de calificarlo como autónomo:

1. Cuando el trabajador poseía, al menos, la mitad de las acciones. En tal caso, no cabía prueba en contrario. “La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el

<sup>14</sup> STS 4 junio 1996 (Rec. núm. 3684/1995).

<sup>15</sup> STSJ Murcia 10 julio 2000 (Rec. núm. 543/1999); STSJ Andalucía/Granada 11 abril 2000 (Rec. núm. 2171/1998).

administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajeneidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio<sup>16</sup>. En la medida en que conlleva, además, la identificación de los intereses propios con los de la sociedad, aleja definitivamente la nota de ajeneidad<sup>17</sup>.

2. Que la participación fuere igual o superior a la tercera parte del mismo.
3. Que el socio poseyera, al menos, la cuarta parte de las acciones y ostentara facultades de dirección o de gerencia. Incluso sin ostentar dichas prerrogativas, algunos Tribunales establecieron dicha presunción<sup>18</sup>. No obstante, la posesión del 25 % del capital social y el ejercicio de dichas facultades de manera mancomunada determinaron la inclusión en el Régimen General<sup>19</sup>.
4. Que al menos la mitad del capital de la sociedad estuviera distribuido entre socios con los que conviviera y a quienes se encontrara unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, dada la posibilidad de influir en la actuación de los titulares<sup>20</sup>.

El resto (los empleados por cuenta ajena y los socios trabajadores), aun cuando fueran miembros de órganos de administración, si no desempeñaban funciones de administración y de gerencia, debían ser encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social, pues “la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos –si su participación en la propiedad de la sociedad no alcanza la mayoría de las acciones– no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral”<sup>21</sup>.

La actual LGSS reproduce el esquema general ya examinado. Así, en su art. 136.2 declara expresamente comprendidos en el Régimen General:

- Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de

<sup>16</sup> SSTS 29 enero 1997 (Rec. núm. 2577/1995); STS 3 julio 1997 (Rec. núm. 3009/1996); STS 15 junio 2000 (Rec. núm. 4287/1999).

<sup>17</sup> STS 20 marzo 1997 (Rec. núm. 2348/1996).

<sup>18</sup> SSTSJ Asturias 26 marzo 1999 (Rec. núm. 2750/1998); STSJ País Vasco 30 mayo 2000 (Rec. núm. 750/2000)].

<sup>19</sup> STSJ Cantabria 7 enero 1998 (Rec. núm. 1433/1996).

<sup>20</sup> STS 7 julio 1999 (Rec. núm. 3610/1998).

<sup>21</sup> STS 3 julio 1997 (Rec. núm. 3009/1996).



dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b).

- Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Sin embargo, excluye a estos consejeros y administradores de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

La remisión que el art. 136.2 realiza al concepto de control efectivo y al art. 305 LGSS fuerza a acudir al campo de aplicación del RETA. El precepto mencionado, en su apartado 2.b) explicita que han de estar incluidos en el Régimen Especial “quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias<sup>22</sup>:

- 1º) Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- 2º) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- 3º) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad”.

Con todo, el precepto deja abierta la posibilidad de incluir en el RETA a cuantos trabajadores, aun no concurriendo las circunstancias descritas, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que disponen del control efectivo de la sociedad.

Por su parte, y de acudir a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, esta norma, como fiel trasunto de la LGSS, en su art. 1 incluye en su ámbito de aplicación, además de a las “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”, a “quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una

<sup>22</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 31 octubre 2018 (Rec. núm. 2935/2017).

sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio”, referencia que ha de entenderse realizada a los preceptos transcritos del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Cabría cuestionar, aunque el recurrente no lo hace, si sería posible su calificación como trabajador autónomo económicamente dependiente, dado que los ingresos que obtenía provenían, en más de un 75 %, de la sociedad. Sin embargo, dicha vía ha sido ya cercenada por los Tribunales en otros pronunciamientos, al entender cómo “no es posible en un caso como el presente separar la condición de socio capitalista de la de socio industrial, para entender que aporta en una calidad el capital necesario para el funcionamiento de la sociedad y realiza en un concepto distinto la prestación de servicios. Si bien existen semejanzas externas entre la condición de socio y la de autónomo dependiente, que radican en sustancia en la independencia con que actúan, y en muchos casos en que obtienen como mínimo el 75 % de sus ingresos de una empresa, las diferencias son determinantes, pues el autónomo carece de participaciones –al menos de la importancia del presente caso–, y carece de la consiguiente participación en beneficios. Esto es, no está sujeto a contrato de sociedad, sino a una relación completamente diferente, en que en definitiva trabaja para otro, aunque sea de forma independiente, en vez de reunirse varios para trabajar conjuntamente y repartirse los beneficios”<sup>23</sup>.

De acuerdo con lo previsto en los párrafos anteriores, no cabe duda que el recurrente, a la vista de los hechos probados y al menos a partir del año 1998, habría de estar encuadrado y dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

### **3.2.3. Derecho de opción de determinados colegiados**

Quedaría únicamente por explorar la posibilidad que se ha planteado con el encuadramiento de los socios colegiados, administradores solidarios, con una participación societaria del 50 % de una sociedad mercantil cuyo exclusivo objeto social consiste en desarrollar la actividad cuyo ejercicio exige colegiación.

Al respecto, la disposición adicional 18ª LGSS establece la incorporación en el campo de aplicación del RETA de los colegiados que desarrollen una actividad por cuenta propia de forma habitual, personal y directa. Al respecto, determina que “si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado régimen especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse esta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999”.

<sup>23</sup> STSJ Cataluña 5 junio 2012 (Rec. núm. 3729/2011).

Sin embargo, establece un derecho de opción (sin posibilidad de variación posterior) entre el RETA y la Mutualidad que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el RD 2615/1985, de 4 de diciembre.

A continuación establece una excepción, “quedarán exentos de la obligación de alta los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en este régimen especial. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado régimen especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud”.

En resumen, el recurrente, en 1999, a la vista de las características de su prestación de servicios, no tenía derecho de elección alguno entre el Régimen General y el RETA, sino que debió haber procedido al alta en este último.

### **3.3. Diferencias en la protección proporcionada por el Régimen General y por el de Trabajadores Autónomos**

El legislador lleva ya más de una década intentando acometer una reforma del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que suponga no solo incrementar el nivel de protección de este colectivo, sino llegar a equiparlo con el Régimen General. Al tiempo, ha de procurar no sobrecargar la financiación asumida por el propio afectado, y no suponer, al cabo, una rémora para el desarrollo y el impulso de la iniciativa emprendedora<sup>24</sup>.

La sempiterna desigualdad padecida por los autónomos se manifiesta en la acción protectora: tradicionalmente ha concedido una protección menos intensa y menos extensa, los derechos reconocidos van a tener una menor entidad y la cuantía como regla general es inferior<sup>25</sup>.

Precisamente esta situación es la que ha tratado de resolver, en parte, el RD-Ley 28/2018, en cuya disposición final segunda modifica el art. 316.1 LGSS: “La cobertura de las contingencias profesionales será obligatoria y se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal y determinará la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones”. De igual modo cambia la redacción del art. 327.1: “El sistema específico de protección por el cese de actividad forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, es de carácter obligatorio y tiene por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la

<sup>24</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: “Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo”, *TL*, núm. 94, 2008, pág. 245.

<sup>25</sup> AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005, pág. 159 y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Seguridad Social en el marco del trabajo autónomo”, en AA.VV.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009, pág. 138.

Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo”.

De acuerdo con el art. 7 RD-Ley 28/2018, los tipos de cotización de los autónomos en el RETA serán, a partir del 1 de enero de 2019, los siguientes:

- a) Para las contingencias comunes, el 28,30 por ciento.
- b) Para las contingencias profesionales, el 0,9 por ciento, del que el 0,46 por ciento corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,44 a la de Incapacidad permanente, muerte y supervivencia.
- c) Por cese de actividad, el 0,7 por ciento.
- d) Por formación profesional, el 0,1 por ciento.

La disposición transitoria 3ª del mismo texto legal establece un progresivo incremento de los tipos de cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad de los trabajadores autónomos incluidos en el RETA y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, los cuales se ajustarán a la siguiente escala:

- a) Para la cotización por contingencias profesionales:  
En el año 2020, el tipo de cotización será el 1,1 por ciento.  
En el año 2021 el tipo de cotización será el 1,3 por ciento.

A partir del año 2022, el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo para ambos regímenes especiales en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Falta, con todo, cumplir uno de las aspiraciones tantas veces postergada y más reiteradas de los autónomos: su cotización a tiempo parcial. No existe, en el texto legal referencia expresa a la inclusión de los autónomos que ejercen su actividad a tiempo parcial<sup>26</sup> y el problema de fondo radica en su propia definición: en la medida en que el trabajo autónomo no está jurídicamente sujeto a objetivas limitaciones de jornada, sea cual fuere el módulo temporal manejado, la parcialidad, en esta misma forma de ejercicio de la actividad profesional o económica, carece de parámetros de cuantificación determinados. Por estas razones, el trabajo a tiempo parcial a efectos de Seguridad Social se encuentra en permanente estado de sospecha. Los poderes públicos temen que su aceptación sea una vía fácil bien para acceder a los derechos y prestaciones dispensados por el sistema de protección social bien

---

<sup>26</sup> TÁRRAGA POVEDA, J.: “La protección social del trabajador autónomo”, en AA.VV.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Murcia (Laborum), 2007, pág. 259.

para burlar las obligaciones de cotización”<sup>27</sup>. Esa dificultad en el control de la dedicación (total o parcial) ha justificado históricamente<sup>28</sup> el criterio legal uniforme y uniformador.

El sistema de cotización logra dos efectos perversos: una sobrecarga económica para colectivos de trabajadores autónomos de bajos ingresos, frente a la que se puede estar reaccionando mediante la huida hacia la economía sumergida y, a la vez, una fuerte relajación de la carga contributiva para los colectivos de trabajadores autónomos que obtienen altos ingresos, frente a la que se está respondiendo mediante la celebración de planes de pensiones<sup>29</sup>.

Con todo, los escollos no deben lastrar los avances, una futura regulación podría partir de la ficción jurídica de que la jornada de trabajo a tiempo completo de ese trabajador es la correspondiente a la que tiene, en convenio colectivo, un trabajador por cuenta ajena comparable por razón de la identidad de actividad y, de no existir trabajador comparable, la jornada máxima legal; luego, será preciso definir que se entiende, en el ámbito del trabajo por cuenta propia, por tiempo parcial, tarea ésta que, en gran medida, exigirá un previo pronunciamiento sobre si esta noción debe o no ir acompañada de límites cuantitativos por arriba (cuyo efecto sería la aplicación al trabajador autónomo de las disposiciones generales) y por abajo (cuya consecuencia sería la exclusión en el RETA, por considerarlo, en lugar de trabajo a tiempo parcial, trabajo marginal); por último, será necesaria la adopción de aquellas medidas de carácter instrumental que garanticen de manera eficiente la seriedad del trabajo a tiempo parcial que se hubiere declarado<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

A la luz de los hechos probados, no cabe duda que el recurrente estuvo dado de alta de forma indebida en el Régimen General a partir, al menos, de 1998. En tal caso, la situación de personas con alta indebida en un Régimen del sistema de la Seguridad Social incluidas en el campo de aplicación de otro Régimen distinto “será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación. Las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del Régimen en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del Régimen de inclusión precedente” (art. 60.2 RD 84/1996).

En el caso examinado, el TSJ de Madrid considera “imputable a la parte recurrente la manifiesta y enorme tardanza en solicitar la corrección del anómalo encuadramiento en régimen de Seguridad Social y del tipo de contrato y jornada laborales, pretendiendo que la modificación contractual se retrotraiga a Enero de 1999 cuando ya entonces, por su titularidad y actividad de administración única de la compañía, disponía de contrato a tiempo

<sup>27</sup> AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005, pág. 158.

<sup>28</sup> MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajador autónomo*, Madrid (Civitas), 2007, pág. 212.

<sup>29</sup> GALA DURÁN, C.: “Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social”, *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

<sup>30</sup> AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 159.

completo y debía estar incluido en el RETA, nada de lo cual comunicó formalmente a la Administración de la Seguridad Social hasta Marzo de 2015, no habiendo solicitado ninguna variación de sus datos cuando en Abril de 2008 la TGSS remitió a la compañía los existentes en el sistema de información laboral”<sup>31</sup>.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, vuelve a insistir en los mismos argumentos: ha de estar encuadrado en el RETA y dicha obligación y responsabilidad le era imputable a él mismo. En este sentido, entiende “que la pretensión de que los efectos temporales del encuadramiento del recurrente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con contrato a tiempo completo se retrotraigan al 1 de enero de 1999 –en vez del 1 de abril de 2008– carece de fundamento, por dos razones: primera, porque sólo desde abril de 2008, con ocasión de la incorporación al Sistema RED de la sociedad mercantil administrada por el recurrente existe constancia del ejercicio de esa actividad a tiempo completo; y segunda, porque la tardanza en solicitar la modificación de su encuadramiento en la Seguridad Social sólo es imputable al recurrente, que no tomó iniciativa alguna al respecto hasta marzo de 2015. El problema aquí debatido es fundamentalmente de hecho, dado que el recurrente no solicitó la corrección de su anterior encuadramiento –que figuraba como de tiempo parcial y en el Régimen General de la Seguridad Social– hasta marzo de 2015 y, además, no discute ni desvirtúa la afirmación de [...] que sólo desde la incorporación de su entidad mercantil al Sistema RED en abril de 2008 existen datos fehacientes de que su actividad de administrador se desarrolla a tiempo completo”<sup>32</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1989.
- ALCÁZAR ORTIZ, S.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial: cálculo de la prestación y porcentaje de parcialidad (STS de 20 de mayo de 2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extr., 2015.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Seguridad Social en el marco del trabajo autónomo”, en AA.VV.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Discriminación indirecta en el desempleo en el contrato a tiempo parcial «vertical» en España. Asunto «Espadas Recio»”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2018.
- BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.: *Protección por desempleo*, Lisboa (Juruá), 2016.

<sup>31</sup> STSJ Madrid, CA, 22 junio 2016 (Rec. núm. 688/2015).

<sup>32</sup> STS, CA, 25 octubre 2018 (Rec. núm. 2677/2016).

- CABEZA PEREIRO, J.: “La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”, *AS*, núm. 20, 2011 (BIB 2010\3245).
- DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1979.
- ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista de información laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).
- GALA DURÁN, C.: “Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social”, *Iuslabor*, núm. 1, 2006.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: “El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo. (Comentario a la STS de 7 de diciembre de 2016)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017.
- MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (Civitas), 2007.
- PÉREZ YÁÑEZ, R.: “Art. 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 102.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo”, *TL*, núm. 94, 2008.
- TÁRRAGA POVEDA, J.: “La protección social del trabajador autónomo”, en AA.VV.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Murcia (Laborum), 2007.
- VAL TENA, A.L.: “Artículo 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2003.