

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 39 (2016-2017), páxs. 127-152
ISSN: 1130-2682

**SOCIEDADES LABORALES: APORÍAS EN LA
CONTRATACIÓN POR CUENTA AJENA**

LABOUR PARTNERSHIP: LABOUR CONTRACT MATTERS

JOSÉ MARÍA RIOS MESTRE*

Recepción: 6/7/2017 - Aceptación: 7/9/2017

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Cartagena. Email: josem.rios@upct.es. Correo postal: Facultad de Ciencias de la Empresa de la Universidad Politécnica de Cartagena, Calle Real, n.º 3, 30201, Cartagena. Esta actividad se enmarca en el proyecto de investigación “La necesaria y conveniente actualización del régimen jurídico de las sociedades laborales: su idoneidad al servicio del emprendedor” (19311/PI/14) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia en el marco del PCTIRM 2011-2014.

RESUMEN

La Ley de Sociedades Laborales es una norma orientada hacia el Derecho mercantil. Por esta razón se plantean numerosos interrogantes de orden laboral. El propio contrato de trabajo de los socios trabajadores está sujeto a cambios por influencia de la sociedad. En el presente estudio se intenta dar respuesta a los despidos improcedentes de los trabajadores temporales y a las extinciones de contrato por voluntad del trabajador. También se plantea la duplicidad ante conductas contra la sociedad que podrán ser objeto de despido disciplinario y sanción societaria. Es un importante interrogante el carácter restrictivo de la actual Ley de Jurisdicción Social que solo se extiende a los servicios prestados. Es preciso realizar un análisis exhaustivo del régimen de Seguridad Social la Ley que abarque todas las situaciones posibles. Hay que prestar atención a los de socios administradores. La Ley resuelve de manera razonable los conflictos entre el régimen de autónomos y régimen general.

PALABRAS-CLAVE: Sociedad laboral, contrato de trabajo, socio trabajador.

ABSTRACT

The Law of Labour Partnerships is a law focused on Commercial Law. For that reason there are numerous questions about Labour Law. The labour contract itself of the working partners is subject to change by the influence of the partnership. This study tries to reach an answer about unfair dismissal of temporary workers and termination of contract by constructive dismissals. There is also a debate about behaviours against the partnership which can be pursued by double channels: labour dismissal and partner punishment. It is also an important matter the restrictive character of the Labour Jurisdiction which only allows to file suits about the services paid by the worker. About Social Security regime, we must pay attention to all possible situations, especially for managing partners. The Law solves in a reasonable way the conflicts between the self-employed regime and workers' regime.

KEY WORDS: Labour partnership, labour contract, working partner.

SUMARIO: 1. SOCIEDAD LABORAL, CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SOCIEDAD. 2. CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIO TRABAJADOR 2.1. Nacimiento del contrato de trabajo. 2.2. Clases de contratos de trabajo. 2.3. Competencias jurisdiccionales. 2.4. Período de prueba. 2.5. Extinción del contrato de trabajo. 3. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL SOCIO TRABAJADOR DE SOCIEDADES LABORALES. 3.1 Introducción. 3.2. Encuadramiento de socios trabajadores. 3.3. Socio que realiza funciones gerenciales. 3.4. Extensión a los socios trabajadores de las sociedades laborales de los criterios de encuadramiento de los socios en las sociedades capitalistas y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015. 4. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: 1. *LABOUR PARTNERSHIP, LABOUR CONTRACT AND PARTNERSHIP CONTRACT* 2. *LABOUR CONTRACT AND WORKING PARTNER* 2.1. *Birth of labour contract.* 2.2. *Kinds of labour contracts.* 2.3. *Jurisdiction.* 2.4 *Probation time.* 2.5. *Termination of labour contract.* 3. *SOCIAL SECURITY OF WORKING PARTNER IN LABOUR PARTNERSHIPS* 3.1. *Introduction.* 3.2. *Framing of working partners in labour partnerships.* 3.3. *Managing partner.* 3.4 *Framing criteria for working partners in capitalist partnerships and Social Security Law 2015.* 4. *BIBLIOGRAPHY.*

1 SOCIEDAD LABORAL, CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIEDAD

La distinción entre el contrato de trabajo y el contrato de sociedad es clásica como expresión de los problemas que plantea la calificación jurídica de la prestación del trabajo humano. No en vano, algunos autores creyeron en su día que la naturaleza jurídica del contrato de trabajo coincidía con la del contrato de sociedad (CHATELAIN, VALVERDE), y quizá por eso el artículo 458 del proyecto de CC de 1821 se refería a cierto «convenio temporal entre superior y dependiente (...) que constituye tácita sociedad de trabajo». Pero es que incluso el CC aprobado en 1889 ofrece argumentos que favorecen la confusión. En particular, porque siendo la sociedad «el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias» (artículo 1665 CC) y estando admitida la posibilidad de que se constituya una sociedad en la que unos socios aporten dinero o bienes y otros sólo industria, la exoneración «de toda responsabilidad en las pérdidas» que el artículo 1691 CC autoriza en favor del «socio de industria», hace en la práctica extraordinariamente compleja su distinción respecto del trabajador asalariado remunerado completamente mediante participación en beneficios. A su vez, esta complejidad calificadoras sirve de base tanto a los frecuentes «intentos de disimular bajo ropajes societarios prestaciones de servicios claramente laborales», como a los igualmente repetidos ensayos para «camuflar al verdadero socio dentro de un aparente contrato de trabajo con la idea de lucrar los beneficios inherentes a la condición de

asalariado, particularmente en los casos de cierre de empresa o ante una ruptura de las relaciones entre los socios, o a los efectos de afiliación al RGSS»¹.

Estos problemas que plantea la calificación de una concreta prestación de servicios como derivada de un contrato de trabajo o como expresión de los derechos o deberes propios del socio encontraron a mediados de la década de los sesenta del siglo XX una original forma de expresión en las llamadas *Sociedades Anónimas Laborales*, la primera de las cuales fue la SALTUV valenciana constituida el 16 de diciembre de 1963².

En la medida de que se trata de verdaderas sociedades capitalistas puede predicarse la separación formal entre sociedad y socio y, por tanto, la contratación laboral de éste por aquella. Ahora bien, al mismo tiempo el hecho de que la mayoría del capital social este suscrito precisamente por los trabajadores que prestan sus servicios a la sociedad, hace que éstos dispongan de verdaderas facultades de dirección y control de la sociedad. El problema teórico que esta solución plantea tiene que ver con el cuestionamiento que de la nota laboral de dependencia inherente al dominio de la sociedad por parte de los trabajadores en cuanto propietarios de la mayoría del capital social. Sin embargo, en la práctica ello no tiene ninguna consecuencia porque ha sido el propio legislador el que, en norma con rango suficiente para hacerlo (*inclusión constitutiva*), ha decidido que estos socios sean sujetos de una relación laboral que les vincula con la sociedad. Otra cosa es que tal arreglo se compadezca bien con la paralela regulación de Seguridad Social, como la reforma de 1998 vino a demostrar.

En este sentido, y más allá de las especialidades señaladas en materia de calificación y de encuadramiento, la singularidad de las sociedades laborales sólo puede residir en sus aspectos mercantiles. Y por ello, tanto la vigente LSLP, como sus predecesoras han considerado siempre al trabajador en función de su condición como socio o no socio. Por ejemplo, para definir a los titulares del capital social (artículo 1º LSLP: «la mayoría del capital social (es) propiedad de trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido»); para limitar el número de trabajadores no socios contratados por tiempo indefinido (artículo 1.2 LSLP); para distinguir los tipos de acciones o participaciones y definir derechos de adquisición preferente de las mismas (artículos 6 y 7 LSLP), etc.

¹ LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, págs. 163-164.

² Sobre su historia, véase PIÑOL AGUADE, J.M. “Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, págs. 306 y ss. También MAGRIÑÁ, J., *La sociedad anónima laboral*, Biblioteca CEAC de Cooperativismo, Barcelona, 1986, pág. 20 y ss.

2 CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIO TRABAJADOR

El reconocimiento de que el fundamento último de las sociedades laborales es la compatibilidad en la mayoría de sus integrantes de la doble condición de socio y trabajador se advierte claramente en el artículo 1.2 LSLP. Conforme al mismo, la calificación como «Sociedad Laboral» puede otorgarse a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
- b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social³.
- c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores⁴.

Interesa subrayar en este punto que una de las novedades más sobresalientes de la nueva LSLP es precisamente la regulación de las sociedades participadas por los trabajadores que por primera vez en nuestro país han sido definidas legalmente considerando «como tales no solo a las propias sociedades laborales, sino a cualesquiera otras sociedades en las que los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto»⁵. Conforme al artículo 18 LSLP, «tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I (LSLP), pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan *alguno* de los siguientes requisitos:

- a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.

³ Esta regla admite dos excepciones. La primera, que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido estando dividido tanto el capital social como los derechos de voto al cincuenta por ciento y con la obligación de ajustarse al límite general en el plazo máximo de 36 meses. La segunda excepción se refiere al caso de «socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social».

⁴ Téngase en cuenta que a estos efectos no computa el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

⁵ Exposición de Motivos LSLP.

- b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.
- c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.
- d) Que promuevan los principios recogidos en el (artículo 18 LSLP)».

Formalmente, la calificación como asalariados de los socios trabajadores de las sociedades laborales —y de los de las sociedades participadas por trabajadores— corresponde no a la LSLP, sino al TRLET. Es decir, serán asalariados de la sociedad si «voluntariamente prest[a]n sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Eso es lo que señala la propia LSLP cuando identifica como requisito que la mayoría del capital social sea propiedad de «trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral [...]».

Además, estos trabajadores han de estar vinculados por una relación laboral «por tiempo indefinido». Y este requisito es justamente el que hace de esta clase de entidades instrumentos idóneos para la promoción de empleo estable. Su razón de ser tiene fácil explicación, pues las sociedades laborales se inspiran en lo que se ha llamado una «filosofía obrera»⁶. Ello no obstante, la nueva LSLP mantiene la solución de su predecesora en punto a la exigencia o no de un régimen mínimo de jornada. Es decir, se decanta por la inexigencia que la Ley de 1997 asumió en contraste con la Ley de 1986 que sí exigía que la vinculación del socio trabajador fuese «por tiempo indefinido y en jornada completa». Consecuencia de ello, ya advertida en 1997, es que la relación entre socio trabajadores y socios no trabajadores no puede hacerse en función del número absoluto de trabajadores de una y otra clase, sino del número de horas de trabajo/año que totalizan unos y otros [artículo 1.2 c) LSLP].

No hay en el articulado de la LSLP la más mínima pretensión de fijar un marco jurídico laboral para los socios trabajadores. Dando por supuesta su condición laboral, el legislador de la LSLP deja que sea la legislación laboral la que se ocupe de la cuestión. Por tanto, y conforme al artículo 3 TRLET, habrá que estar al propio Estatuto y a sus normas de desarrollo; a los convenios colectivos que pudieran resultar aplicables según la empresa o actividad y a lo previsto en los correspondientes contratos de trabajo.

Quizá en algún momento pudo plantearse la conveniencia o no de configurar sobre la relación de trabajo del socio trabajador en las sociedades laborales una relación laboral especial. Pero lo cierto es que tal posibilidad está descartada y,

⁶ SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C., “Notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, núm. 87, 1987, pág. 15

a lo sumo, la LSLP contiene alguna regla especial en materia de extinción de la relación de trabajo y sus efectos sobre la relación societaria.

2.1. Nacimiento del contrato de trabajo

Las sociedades laborales integran la voluntad de los participantes de acudir a la estructura de sociedades capitalistas proporcionando una institución donde desarrollar la prestación personal propia del contrato de trabajo. Por tanto, los fundadores ostentan la condición de socios con carácter previo a la condición de socios trabajadores. Se trata de una prioridad en el tiempo de carácter lógico jurídico ya que son los administradores los que tienen atribuida la potestad para representar a la sociedad. Ello conlleva un auténtico fenómeno de autocontratación en el caso de los socios trabajadores.

No puede pretenderse que la condición de trabajador tenga su nacimiento en virtud de la constitución de la sociedad. Con indiferencia de lo dispuesto en los estatutos sociales, el trabajador adquiere tal condición por la celebración del contrato de trabajo. La posibilidad de que el contrato de trabajo nazca *ope legis* en virtud de una combinación de los estatutos sociales y la propia LSLP debe rechazarse.

La importancia de la cuestión radica en los elementos constitutivos del contrato de trabajo del socio trabajador, especialmente si se trata de socios fundadores. El elemento influenciado por todas las peculiaridades societarias es la causa del contrato. La causa del contrato de trabajo sufre una perturbación importante en el sentido de alterar el binomio prestación de servicios y retribución. La causa del contrato pasa a estar integrada igualmente por los elementos derivados de la condición de socio. Las manifestaciones prácticas de esta cualidad son muy numerosas, ya que la pérdida de la condición de socio en determinados supuestos y el cambio en la calificación podrán ser objeto de acciones propias del contrato de trabajo como se detallará más adelante. Cabe adelantar que los atributos sociales pueden ser considerados una condición sustancial y que bajo determinadas circunstancias su desaparición puede ser objeto de acciones rescisorias o extintivas ejercidas por el trabajador.

Las condiciones de socio y trabajador son realidades diferenciadas y sujetas a un régimen jurídico distinto. No obstante, los hechos acaecidos en la relación societaria o en la laboral y sus consecuencias jurídicas experimentarán influencias respectivamente como no puede ser de otra forma.

Todo lo anterior no decae debido a la existencia de una realidad opuesta en torno al nacimiento del contrato de trabajo de las sociedades ya constituidas que se transforman en sociedades laborales. En estos casos precede el nacimiento del contrato a la existencia de la sociedad laboral. No obstante la preexistencia del vínculo laboral no contradice lo sustentado más arriba, más bien al contrario pues

el mecanismo de pervivencia de la sociedad laboral consiste, en cierta forma, en la incorporación a la relación societaria de trabajadores indefinidos contratados.

2.2. Clases de contratos de trabajo

No exige la LSLP que el socio trabajador se vincule siempre y en todo caso mediante una relación laboral de carácter indefinido, sino simplemente que «al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores» que estén vinculados de esa manera. Por tanto, sí puede haber socios trabajadores vinculados mediante un contrato temporal cuya participación en el capital social computa en la parte minoritaria del mismo. Y, por supuesto, puede haber trabajadores no socios con contrato indefinido o temporal.

Aun así, de la lectura de los preceptos de la LSLP da la impresión de que la elección entre temporal o indefinido está subordinada a los intereses societarios. Ello es así porque donde existe una relación expresa que puede desequilibrarse, según el caso concreto, es entre trabajadores indefinidos socios y no socios. Nos encontramos con una ley en la que, a efectos de los contratos temporales, el patrón es el trabajador socio y el obrero es el trabajador temporal; y el indefinido es un aspirante a empresario. Está claro que la voluntad del legislador es anudar las posibilidades y consecuencias societarias a la condición de trabajador fijo.

Es verdad que conforme establece el artículo 13. 3 LSLP, los administradores tienen, entre otras obligaciones, el deber de «favorecer la generación de empleo estable y de calidad (y) la integración como socios de los trabajadores». Pero, por ejemplo, el artículo 12.2 LSLP establece que las acciones y participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser enajenadas a favor de los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido en el plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de su adquisición. Y que conforme al artículo 11.3 a estos trabajadores se les atribuye un derecho de suscripción preferente de modo que, salvo acuerdo de la Junta General que adopte el aumento del capital social, «las acciones o participaciones no suscritas o asumidas por los socios de la clase respectiva se ofrecerán a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la forma prevista en el artículo 6».

La vinculación entre contrato laboral indefinido y socio es una solución que tiene su lógica ya que, en principio, la dinámica societaria no se compadece con la volatilidad del contrato temporal. Sin embargo, la lógica de esta idea plantea una cuestión de interés que versa sobre las consecuencias societarias de la contratación temporal en fraude de ley. Como es sabido, la típica consecuencia laboral de la contratación temporal en fraude de ley consiste en la consideración del contrato laboral como indefinido *ex tunc*. Esta proyección hacia el pasado evidencia una eventual *pérdida de oportunidad* en relación con la adquisición de participaciones sociales y la condición de socio. El sistema de transmisión *inter vivos* de las par-

ticipaciones establecido en el artículo 6 consiste básicamente en que las acciones y participaciones pueden transmitirse libremente a los socios trabajadores y a los trabajadores no socios con contrato por tiempo indefinido. El propietario de acciones o participaciones debe comunicar a la sociedad el número, características y términos económicos de las acciones o participaciones que se proponga transmitir para que ésta traslade la propuesta en el plazo máximo de diez días simultáneamente a todos los posibles interesados (trabajadores indefinidos, socios trabajadores y socios generales), que deberán manifestar su voluntad de adquisición de acciones en un plazo máximo de 20 días contados desde que les fue notificada la transmisión proyectada.

Recibidas las ofertas de compra, los administradores dispondrán de 10 días para comunicar al vendedor la identidad del o de los adquirentes, priorizándose los interesados, en caso de concurrencia, de acuerdo a un orden de preferencia en el que figura en primer lugar los «trabajadores indefinidos no socios, en relación directa a su antigüedad en la empresa».

Cabe preguntarse qué eficacia tiene sobre las transmisiones de participaciones societarias una sentencia del orden social declarativa de despido nulo o improcedente o del carácter indefinido de la relación social. Por ejemplo, en el supuesto de transmisiones en las que se ha ejercido el derecho de adquisición preferente por un trabajador indefinido que tiene menor antigüedad que el trabajador que ha visto reconocido judicialmente el carácter indefinido de su relación.

A lo largo de este estudio se ha venido sosteniendo que lo societario no es ajeno a la causa del contrato de trabajo, sino que, muy al contrario, forma parte de la misma en el caso de los socios trabajadores y, en menor medida pero también por las expectativas que se generan, en el caso de los restantes trabajadores indefinidos y temporales. Si se acepta este planteamiento se ha de señalar que tampoco serían ajenas por tanto las adquisiciones en las que haya resultado preterido el trabajador demandante. Sin embargo, cabe considerar que se trata de un supuesto de *res inter alios acta* y que si el adquirente posee buena fe, lo que se presume, no puede verse afectado por el reconocimiento del carácter indefinido. Ello nos deja, en el plano sustantivo, con una reclamación de daños y perjuicios frente a la sociedad.

2.3. Competencias jurisdiccionales

Desde la perspectiva competencial, queda claro que la materia societaria corresponde al orden jurisdiccional civil, mientras que al orden social corresponderán solo aquellas cuestiones que provengan del contrato de trabajo exclusivamente por la prestación de sus servicios. El artículo 2 c) LRJS es bastante restrictivo ya que atribuye competencia al orden social en las cuestiones litigiosas que se pro-

muevan «entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado, y sus socios trabajadores, *exclusivamente por la prestación de sus servicios*».

2.4. Período de prueba

El TRLET regula en su artículo 14 el periodo de prueba. Conforme al mismo, puede concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. Bien entendido que, en defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. Y que en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

El citado artículo 14 TRLET establece que en el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 TRLET concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

En el caso de trabajadores no socios que ya hayan prestado servicios con anterioridad para la sociedad laboral, es claro que no podrá pactarse un nuevo periodo de prueba en el momento de la adquisición de la nueva condición de socio. En cambio, es más problemático el caso de la admisión de nuevos socios trabajadores que no hubieran prestado servicios con anterioridad en la correspondiente empresa. Fundamentalmente porque en estos casos el período de prueba y su libertad de ejercicio choca frontalmente con la vocación de permanencia y estabilidad propia del socio. Cabe señalar que la inclusión en el contrato de trabajo no está expresamente prohibida por la norma. Pero sería conveniente que los estatutos sociales establecieran los presupuestos y consecuencias del ejercicio de esta institución, no ya sobre el contrato de trabajo, sino sobre la condición de socio.

2.5. Extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo es contemplada en el artículo 9 LSLP desde la óptica mercantil propia de esa norma. Es decir, el problema al que allí se quiere dar solución es cómo afecta a la relación societaria la extinción del contrato de trabajo del socio trabajador; pero no las posibles peculiaridades que en orden a esa extinción impone o puede imponer la singular naturaleza de la relación entre sociedad laboral y socio trabajador. Conforme al citado precepto, «en caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, éste habrá de ofrecer (a los socios trabajadores y a los trabajadores no socios) la adquisición de sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la firmeza de la extinción de la relación laboral, (...) y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará la cualidad de socio, si bien las acciones o participaciones que no haya transmiti-

do pasarán a ser de la clase general conforme al artículo 5». Se añade, además, que los estatutos sociales puedan «establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, para los supuestos de socios trabajadores en excedencia, así como para los socios trabajadores que por subrogación legal o convencional dejen de ser trabajadores de la sociedad».

En los contratos de tracto sucesivo, especialmente si concurren prestaciones personales, debe de posibilitarse la extinción de la relación obligatoria a las partes (nadie puede ser obligado de por vida contra su voluntad). Son fórmulas habituales de terminación del contrato la denuncia unilateral y el mutuo disenso. El TR-LET recoge en su artículo 49.1 a) como causa de extinción del contrato de trabajo el *mutuo acuerdo de las partes*. Y en su apartado d) la dimisión del trabajador «debiendo mediar el preaviso que exijan los convenios colectivos o la costumbre del lugar». En estos casos concurren dos intereses contrapuestos cuando se trata de la relación del socio trabajador; por un lado la decisión de poner fin al contrato de trabajo y, por otro, la vocación societaria de permanencia. Entre ambos, es obvio que debe primar el interés laboral del trabajador en poner fin a su contrato, debiéndose adaptar la legislación mercantil en orden al mantenimiento o conclusión de la relación societaria, cuestión de la que trata el artículo 9 LSLP.

Respecto del despido propiamente dicho, la primera cuestión que se plantea es quién ostenta la facultad de ejercer dicha potestad. El artículo 13 LSLP establece que es competencia del órgano de administración la dirección y gestión de la sociedad. Pero también podría defenderse que facultad recayera en la asamblea. Y asimismo caben combinaciones tales como que, en situaciones conflictivas, el órgano de administración recabe la ratificación de la asamblea. Los estatutos sociales pueden establecer alguna previsión cuyo incumplimiento tendrá dudosos efectos laborales.

La doctrina de suplicación se encuentra dividida. Algunos Tribunales se decantan por conferir efectos laborales a los acuerdos y convenciones mercantiles. Cabe citar a título ilustrativo la STSJ Andalucía, Sevilla de 2 de noviembre de 1993 (rec. 2217/1993) en un supuesto en el que los incumplimientos favorecieron al trabajador. La Sala declara que «a la misma conclusión [la nulidad] ha de conducir la adopción de tal acto resolutorio con manifiesta infracción de la pertinente norma convencional, al haberlo sido por el Director de Área de Gestión y Relaciones Laborales, que a lo más sólo tiene facultad de sancionar por faltas leves -artículo 72.c) de los Estatutos de la entidad demandada-, si se le considera como Director General, al no constar haberse delegado en el mismo para tal menester sancionador por los órganos competentes para ello, conforme autoriza el artículo 70 párr. 2.º, no siendo bastante el tácito designio empresarial de resolver, por lo que tal despido enjuiciado ha de considerarse nulo a tenor también del artículo 108.2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.»

La STSJ Murcia de 4 de marzo de 2004 (rec. 63/2002) recoge un supuesto interesante por la minuciosidad con la que se analizan a efectos de la validez del despido las normas civiles y mercantiles. En este caso la Sala expone que «si bien el artículo 23 de los Estatutos de la SA demandada confieren al Consejo de Administración la facultad de nombrar y separar el personal de plantilla, el artículo 33 de los mismos confiere al gerente la Jefatura directa de todo el personal al servicio de la empresa, así como todas las demás facultades que el Consejo de Administración le delegue, delegación que se hizo efectiva en virtud de los acuerdos adoptados en la reunión de 17 de julio de 1989, en el sentido de otorgar al Director Gerente de amplios poderes con expresas facultades para el nombramiento y cese del personal, que se reflejan en el poder que obra unido a los presentes autos (folios 55 y ss.), en el que no consta que el Notario autorizante formulara objeción por insuficiencia del acuerdo, constando que el mismo fue adoptado por quince votos a favor y una abstención. No cabe, por ello, apreciar que el Director Gerente careciera de facultades para proceder al despido del actor, por lo que la vulneración de los preceptos de la ley reguladora de las sociedades anónimas, que se invoca para fundamentar la improcedencia del despido, debe ser rechazada».

No obstante, la doctrina correcta parece ser la recogida en resoluciones como la STSJ Madrid de 27 de febrero de 2002 (rec. 4458/1991) para la que *«siendo claro que el despido fue acordado por el Consejo Rector y llevado a efecto por su órgano representativo, que es el Presidente, (es) irrelevante por tanto, que la notificación se efectuara por este último o por el Secretario, así como la forma de la notificación, pues se está en presencia, no de la comunicación de un acto administrativo, sino de una decisión laboral, cuyos requisitos de validez intrínseca vienen impuestos por el Estatuto de los Trabajadores, revistiendo en ese aspecto la comunicación el genuino y eficaz contenido de una carta de despido; por otro lado, es claro que reconoce y afirma el propio recurrente que el patronato posee plena personalidad jurídica, por lo que no resulta necesario insistir en el tema de que el Ayuntamiento era el único empresario, lo cual resulta además intrascendente en relación con la procedencia del despido»*.

En efecto, el TRLET exige que el acto extintivo en que consiste el despido se produzca por escrito. Mediante una carta de despido con determinadas formalidades. Una vez que el trabajador ha recibido un documento que reúne estas características resulta desorbitado exigir que cumpla con las formalidades mercantiles. Cabe señalar que en muchos supuestos la documentación mercantil que acredita la legitimación para despedir puede ir mucho más allá de la propia norma y de los estatutos, ya que el devenir de la sociedad genera numerosas escrituras públicas.

En materia de despido debe teneres presente que el artículo 16 LSLP, rubricado «Separación y exclusión de socios» establece en su apartado 3 que «la sociedad laboral podrá excluir al socio que incumpla las obligaciones previstas en esta ley en materia de transmisión de acciones y participaciones, o realice acti-

vidades perjudiciales para los intereses de la sociedad y por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados. Las acciones o participaciones de los socios separados o excluidos deberán ser ofrecidas a los trabajadores de la sociedad con contrato de trabajo por tiempo indefinido, conforme a lo previsto en el artículo 6 de esta ley. Las acciones o participaciones no adquiridas deberán ser amortizadas mediante reducción del capital social».

Este precepto plantea difíciles cuestiones. Se puede decir que da la espalda al Derecho del Trabajo y esta indiferencia del legislador deberá ser resuelta por los Tribunales. El supuesto de hecho consiste, como señala el precepto, en la realización de dos tipos de conductas. La primera de ellas es el incumplimiento de las previsiones contenidas en la LSLP sobre transmisión de acciones y participaciones sin que se exija la producción de daños y perjuicios. La segunda conducta consiste en la realización de actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad por las que hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios causados. En este caso, la consecuencia jurídica que la ley vincula a la producción del supuesto de hecho es la exclusión cuando recaiga una condena por daños y perjuicios mediante sentencia firme; ahora bien, como los protagonistas de estas conductas además de socios son trabajadores, el acaecimiento de estos hechos provocará despidos disciplinarios.

Estos son los supuestos conocidos como *transgresión de la buena fe y abuso de confianza*. Estos deberes de conducta se han dividido en la *confianza ética* que está desconectada de la prestación de servicios y la *confianza profesional* que va ligada a la ejecución de la prestación profesional. En estos casos la conducta societaria y la laboral están unidas por no afirmar que son idénticas. Las actividades perjudiciales para los intereses de la sociedad vendrán dadas por la mala imagen o publicidad negativa que de ellas resulta, los comportamientos del trabajador en el lugar de trabajo, la lesión de la posición competitiva de la empresa, la vulneración de los deberes de confidencialidad, la concurrencia desleal, el aprovechamiento de la posición en la empresa para el lucro indebido, el aprovechamiento de la posición en la empresa para fines irregulares, el engaño a la empresa, la causación intencionada de daños a bienes de la empresa o de personas relacionadas con ellas, la transgresión de la buena fe por comportamientos que quiebran la *confianza profesional*, el abandono del trabajo, la impuntualidad o falta de asistencia, la falta de diligencia, el maltrato a los clientes, el incumplimiento de deberes deontológicos; el ocultamiento a la empresa, etc.⁷

Por su parte, en cuanto a la posibilidad y efectos de la extinción del contrato de trabajo del socio trabajador por incumplimientos del empresario al amparo del

⁷ Véase, entre otros, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Despido disciplinario”, en AA.VV., *El despido*, Aranzadi, 2009, 2ª ed., págs. 247-289.

artículo 50 TRLET, hay que advertir que representa un desafío para la visión estricta de la competencia del orden social, toda vez que el elemento de imputación que utiliza el artículo 2 c) LRJS se identifica con las cuestiones derivadas de la prestación de servicios del trabajador.

3 LA SEGURIDAD SOCIAL DEL SOCIO TRABAJADOR DE SOCIEDADES LABORALES

3.1. Introducción

Más allá de la compleja naturaleza jurídica de la figura del *socio trabajador* de las sociedades laborales, el aspecto de su régimen jurídico que más peculiar resulta, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es, sin duda, el de su encuadramiento en esta última⁸.

La versión original de la derogada Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales (en adelante, LSL), resolvió la cuestión en su artículo 21 —rubricado precisamente *Encuadramiento en el Sistema de la Seguridad Social*— de una manera muy sencilla. Conforme a la misma, «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas».

3.2. Encuadramiento de socios trabajadores

Siendo verdaderos trabajadores por cuenta ajena —así los califica la misma LSLP siguiendo el ejemplo de sus predecesoras—, el encuadramiento en Seguridad Social de los socios trabajadores de las sociedades laborales no debería plantear ningún problema (y menos aún el de los trabajadores de las sociedades participadas). Su ubicación natural solo puede ser el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) o, en su caso, el régimen especial que corresponda por razón de actividad para el encuadramiento de los trabajadores asalariados, regímenes que actualmente solo son el de trabajadores del mar (REM) y el de la minería del carbón (REMC). Más aún, en cuanto verdaderos trabajadores por cuenta ajena ni

⁸ Sobre el *socio-trabajador* véase, entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J., *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2006; MERCADER UGUINA, J.R., “La dimensión laboral de las sociedades laborales”, en *Economía social y cooperativismo* (Coord. Burgos Rosado y Morgado Panadero), 2006, págs. 313 y ss.; ELORZA GUERRERO, F., *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*, Marcial Pons, 2011, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson Aranzadi, 2008; GARCIA NINET, J.I., “Cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y fomento del cooperativismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014. Véase también, CALVO ORTEGA, R., *Sociedades Laborales*, Civitas, 2013.

siquiera es necesaria una cláusula de inclusión expresa como ocurre en el caso de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

Como es sabido, respecto de estos últimos, el artículo 14 TRLGSS-2015, heredero de la anterior DA 4ª TRLGSS-1995, dispone que «los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa —en sus estatutos— entre las modalidades siguientes:

- a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.
- b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente»⁹ y ¹⁰).

La «natural adscripción» del socio trabajador de las sociedades laborales al RGSS tuvo acogida en el artículo 21 de la Ley 4/1987, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, a cuyo tenor «todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas».

Respecto de esta solución legal, pueden reiterarse las consideraciones hechas en otro lugar¹¹. A saber: que «aparentemente, el artículo 21 LSL [vino] a colmar una laguna en que había incurrido la [Ley de Sociedades Anónimas Laborales] de 1986, pues ésta omitió cualquier referencia al régimen de afiliación a la Seguridad Social de los socios-trabajadores. Sin embargo, es lo cierto que, en rigor, nunca existió tal laguna y sí, por el contrario, diversas dudas sobre la interpretación de las normas a aplicar, fundamentalmente sobre la condición del socio trabajador de las sociedades laborales que desarrolla funciones gerenciales o directivas como verdadero y propio trabajador por cuenta ajena». En este sentido, lo único que hizo el citado artículo 21 LSL fue reiterar lo ya dispuesto en la misma LGSS; esto es, que los socios-trabajadores de las sociedades laborales, cualesquiera que

⁹ Artículo 305 TRLGSS-2015 y preceptos concordantes.

¹⁰ La regla se completa con otras dos. Por un lado, la que advierte que «los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo a los que se refiere el artículo 13.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social». Y, por otro, la que establece que «en todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial».

¹¹ LUJÁN ALCARAZ, J., “Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en ALONSO ESPINOSA (Dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 149 y ss.

sean sus funciones, y por tanto también los que realizan cometidos de gestión, administración y dirección de la correspondiente sociedad «estarán afiliados» a un régimen de Seguridad Social. Ahora bien, preguntando al legislador qué régimen debía ser éste, su respuesta era bastante simple: el que «proceda».

Ahora bien, la libre elección del régimen que «proceda» que el artículo 21 LSL amparaba no debía llevar a conclusiones —se decía en 1997— «rayanas en el absurdo». Y eso es lo que se consideraba que sucedería si con amparo en aquella regla se pretendiese defender la afiliación del socio trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Y es que, «cuando menos en abstracto, resulta de todo punto incongruente y opuesto a la propia naturaleza de las cosas la pretensión de incluir a quien indiscutidamente es *trabajador por cuenta ajena* (pues en otro caso ya no sería socio trabajador de una [sociedad laboral]) en un régimen de Seguridad Social que abre su campo de aplicación exclusivamente al «trabajador por cuenta propia o autónomo (...) que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, *sin sujeción por ella a contrato de trabajo* y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas»¹².

Por eso, «llevando a buena parte la interpretación del artículo 21 LSL, habría que entender que su alusión a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social está referida a los casos en que, por *la actividad de la Sociedad Laboral*, sus trabajadores deban encuadrarse en Régimen distinto del General. Excluidos también por razones obvias los Regímenes Especiales de Funcionarios y Estudiantes, la afiliación sólo parece posible, aparte el Régimen General, en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón».

El estudio de los trabajos preparatorios de la LSL revela que la cuestión fue objeto de debate. Inicialmente, la *Proposición de Ley de Sociedades Laborales*, presentada el 27 de marzo de 1996 por el Grupo Socialista del Congreso, silenciaba toda referencia a un asunto que aparecería en el trámite de enmiendas. La presentada por el Grupo Popular postulaba la adición de un nuevo artículo 21 (la proposición solo tenía 20 artículos) para cobijar en él una regla según la cual «todos los trabajadores socios de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, incluidos los miembros del órgano de Administración, tengan o no competencias directivas». Y ello justificado por la necesidad de «de dejar absolutamente claro cuál debe ser el Régimen por el que deben guiarse, a efectos de cotizaciones a la Seguridad Social, los socios trabajadores de las sociedades laborales». Por su parte, el grupo socialista también enmendó su propia proposición planteando la incorporación de una nueva disposición adicional quinta con un texto que finalmente terminaría siendo el definitivo del artículo 21. Esto es, que «los socios trabajadores de las sociedades laborales, incluidos

¹² Artículo 1.1 Decreto 2530/1970, de 20 agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos y artículo 305 TRLGSS-2015.

los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán incluidos en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad». En este caso la razón de la adición era la «necesidad de determinar la condición del socio trabajador como trabajador por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social, según proceda» (sic).

Por su parte, el Grupo Federal IU-IC también propuso el añadido de una nueva DA 5ª, como el grupo socialista, aunque con una redacción más parecida a la propuesta por el grupo popular: «los socios trabajadores de las sociedades laborales, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán afiliados al régimen general de la Seguridad Social y les serán de aplicación las normas de afiliación, cotización y prestaciones».

La solución más matizada —que con el tiempo terminaría imponiéndose parcialmente— fue la planteada en la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán. También en una nueva DA este grupo defendió el siguiente texto:

«1. Los trabajadores socios de las sociedades laborales, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas, se considerarán a todos los efectos trabajadores por cuenta ajena y estarán afiliados al régimen general de la Seguridad Social con total aplicación de sus normas de afiliación, cotización y prestaciones.

2. No obstante, en las sociedades que por su reducida dimensión así lo aconseje, los socios podrán optar por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos siempre que lo hagan constar en sus estatutos sociales y afecte a la totalidad de los socios trabajadores, incluidos los miembros del órgano de administración, tengan o no facultades ejecutivas. El encuadramiento de los socios trabajadores de la Sociedad Laboral en este régimen de afiliación a la Seguridad Social, deberá mantenerse al menos durante tres años, pasados los cuales podrán optar por continuar en el mismo o cambiar al régimen general. En caso de variación de régimen de encuadramiento, el plazo mínimo de pertenencia al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se entenderá siempre por un período mínimo de tres años.

3. La condición de los socios trabajadores de las sociedades laborales se entenderá siempre que posea carácter laboral, y sólo excepcionalmente se podrá optar, según lo referido en el punto 2 anterior, por un régimen de encuadramiento en la Seguridad Social distinto del

Régimen General, circunstancia que se hará constar en sus estatutos sociales».

Estas dudas que reflejan los trabajos preparatorios de la LSL están directamente relacionadas con la defensa que en el ámbito administrativo tenía a la sazón la inclusión en el RETA de los socios trabajadores cuyo cometido fuese, precisa y exclusivamente, la realización de funciones gerenciales, administrativas o de dirección¹³. Dudas, a su vez, directamente enlazadas con las que tradicionalmente han atenazado la calificación del vínculo jurídico y consiguiente determinación del régimen de Seguridad Social aplicable al socio de las sociedades capitalistas que desarrolla para las mismas funciones gerenciales.

3.3. Socio que realiza funciones gerenciales

La correcta inteligencia del problema que ahora se plantea exige tomar como punto de partida la opinión tradicional del Tribunal Supremo respecto de la posibilidad de compatibilizar las condiciones de socio y de trabajador asalariado en las sociedades capitalistas. A saber, que la «coexistencia de situaciones jurídicas en el seno una misma empresa y en relación con la misma persona no puede sostenerse siempre y en todo caso, por cuanto para ello se precisa un efectivo y claro deslinde entre ambas, no sólo acreditado por el formal mantenimiento de un vínculo laboral, del tipo que sea, sino, también, por la *real y efectiva inconfusión de funciones empresariales y laborales*. Cuando de alguna manera y con notoria intensidad se produce el fenómeno de confusión entre las facultades empresariales y el ejercicio de pretendidas funciones laborales no es dable compatibilizar la concurrencia de esos dos tipos de vinculación jurídica». Y de este modo, «la confusión, en una misma persona, de funciones atinentes a la propia titularidad empresarial, con las correspondientes al cometido gerencial o directivo supone un fenómeno jurídico de retención de facultades propias, aunque delegables, que impide admitir la configuración de una simultánea relación de dependencia laboral»¹⁴.

Así pues, «como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como relación común de trabajo, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral»¹⁵.

¹³ Véase Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de junio de 1992 y, sobre ella, el Oficio-Circular TGSS núm. 7/95, de 4 de mayo de 1995, sobre Régimen de encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores de Sociedades Anónimas Laborales.

¹⁴ STS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3393). Como precedentes, véanse STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ. 1988, 7143) y STS de 21 de enero de 1991 (RJ 1991, 65).

¹⁵ STS de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 76).

La *última ratio* de esta doctrina es la consideración de ser «equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía»¹⁶. Por tanto, en la medida en que el consejero o administrador actúe esta función, «ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un consejo de administración, (su) actividad en cuanto órganos sociales queda excluida de la legislación laboral»¹⁷.

No obstante, la posibilidad de que un socio se vincule a la sociedad por medio de una relación laboral especial de alta dirección puede defenderse, bien en el caso de delegación de facultades gestoras realizada por el órgano supremo de administración y dirección de la sociedad en favor de persona, socio o no, ajena a dicho órgano¹⁸; bien ante la previsión estatutaria de un órgano subordinado al propio consejo que actúe estas funciones ejecutivas¹⁹. Aparte la posibilidad que el nuevo artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, redactado por Ley 31/2014, parece ofrecer a los miembros del consejo de administración para que concierten con ésta contratos cuyo objeto sea el desarrollo de funciones ejecutivas.

Esta manera de entender el problema que se está planteando terminó llevándose al texto de la TRLGSS-1994 por medio de reformas acometidas en el corto espacio de unos meses.

La primera de ellas —que sale al paso de la doctrina sentada por SSTS de 4, 6 y 12 de junio de 1996 (RJ 1996, 4882, 4996, 5064)— fue ordenada por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuya disposición adicional 43.2 modificó los apartados a) y k) del artículo 97 TRLGSS-1994.

A resultas de la modificación, el primero de ellos, que hasta entonces simplemente ordenaba la obligatoria inclusión en el RGSS del «personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores» en cuanto «trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7 (LGSS)», pasó a señalar que tal inclusión lo sería únicamente en el caso de que tales altos directivos «no forme[n] parte del órgano de admi-

¹⁶ STS 3 junio 1991 (RJ. 1991, 5123). En la misma línea, SSTS.SOC 21 enero 1991 (RJ. 1991, 65); 29 septiembre 1988 (RJ. 1988, 7143) y 3 junio 1991 (RJ. 1991, 5123).

¹⁷ STS de 21 de enero de 1991 (1991, 65).

¹⁸ STS de 29 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7142).

¹⁹ En este último caso, la presencia en el organigrama de la sociedad de puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, permite que uno o varios integrantes de este último compatibilicen la doble condición de consejero o administrador y alto cargo laboral. Vid. SSTS de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3906) y de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 76).

nistración social desempeñando en el mismo funciones de dirección y gerencia de la sociedad». La novedad se completó en la letra k) del mismo artículo 97.2 TRLGSS-1994 con la definición nuevo supuesto de inclusión expresa en el RGSS, la de «los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas que no formen parte del órgano de administración de las mismas con funciones de dirección y gerencia, cuando ni por su participación, directa o indirecta en el capital social, ni por cualquier otro medio posean un control efectivo de la sociedad».

Por su parte, la misma DA 43^a, ahora en su apartado 3, añadió al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social una nueva disposición adicional 27^a, con el siguiente tenor:

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

- a) Quienes presten servicios retribuidos para sociedades mercantiles capitalistas formando parte de su órgano de administración, siempre que su actividad en el mismo no se limite al mero ejercicio de funciones consultivas y de asesoramiento, sino que comprenda la dirección y gerencia de la sociedad.
- b) Los administradores sociales a que se refiere el apartado anterior, aun cuando no sean retribuidos por desempeñar tal cargo, si perciben otra remuneración como contraprestación de servicios realizados para la misma sociedad, incluso cuando pudieran calificarse como relación laboral común o especial de no concurrir con funciones de administración social.
- c) Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista, siempre que posean el control efectivo de ésta por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

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

3. Se considerarán debidas las altas que se hubieran practicado y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los trabajadores a los que se refiere el apartado

1 de la presente disposición, con anterioridad al 1 de enero de 1998, siendo de aplicación, en su caso, las normas de cómputo de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social a efectos de reconocimiento de las prestaciones otorgadas por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

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

Como ya se ha dicho, esta reforma tendría escaso recorrido, pues la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, volvió reformar las letras a) y k) del artículo 97.2 y la DA 27ª TRLGSS-1994²⁰. En la letra a) se identifican como sujetos obligatoriamente encuadrados en el RGSS a «los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, *aun cuando sean miembros de su órgano de administración*, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley». Por su parte, la nueva letra k) califica «como asimilados —a efectos de su inclusión en el RGSS— a trabajadores por cuenta ajena, *con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas*, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, *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».

En concordancia, estos cambios se incorporaron a la DA 27ª de la LGSS. Con alguna modificación menor, estas últimas redacciones han sido las incluidas por el nuevo TRLGSS-2015, de 30 de octubre, en sus artículos 136 y 305.

3.4. Extensión a los socios trabajadores de las sociedades laborales de los criterios de encuadramiento de los socios en las sociedades capitalistas y el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015

En cualquiera de las versiones que se acaban de señalar, la suerte de los socios trabajadores de las sociedades laborales que desempeñan en ellas funciones direc-

²⁰ Y, conforme a ellos, el artículo 21 LSL.

tivas o gerenciales ha corrido paralela a la de los socios que desarrollan funciones análogas en las sociedades capitalistas. Y ello, al margen de la singularidad de aquellas sociedades y de la distinta naturaleza de la relación societaria que une al socio y a la sociedad.

De este modo, inicialmente se diferenciaron dos únicas hipótesis: a) que los socios trabajadores de las sociedades laborales no pertenecieran a los órganos de administración, lo que conducía a su afiliación al RGSS o en el Régimen Especial que corresponda por razón de la actividad desarrollada. O b), que los socios trabajadores sí estuviesen integrados en tales órganos, lo que a su vez obligaba a distinguir según que se hubiera efectuado o no algún tipo de delegación de facultades; y, en caso afirmativo, a afirmar que el ejercicio de funciones directivas o gerenciales, unidas a la pertenencia al Consejo, determinaba la exclusión del RGSS y la consiguiente inclusión en el RETA.

La consideración de los socios trabajadores de las sociedades laboral bajo los parámetros de los socios con funciones ejecutivas de las sociedades capitalistas ha planteado, sin embargo, algunos problemas de índole práctica (el derivado de la contradicción conceptual en que se incurre al hacer esa asimilación está hace tiempo «descontado»). En concreto, se planteó hace unos años el problema de la falta de cobertura de prestaciones de FOGASA y desempleo de los socios de sociedades laborales que forman parte de los órganos de administración como resultado de la aplicación del artículo 97.2 k) TRLGSS-1994. Para paliar los efectos negativos de esta regla en economías bien distintas a las de las sociedades capitalistas, la DA 47ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social dispuso —en solución más coherente con la naturaleza de estas sociedades— que «los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial»²¹.

Este paralelismo entre la situación de los socios que desarrollan funciones gerenciales en las sociedades capitalistas y los socios trabajadores que realizan las mismas funciones en las sociedades laborales y participadas ha sido asumido de manera expresa por la LSLP cuya DF 1ª ordena la modificación del artículo 97.2 TRLGSS-1994 para dar nueva redacción a la letra m) incorporando la regla de la DA 47ª Ley 27/2011, que es expresamente derogada.

Conforme al artículo 97.2 m) TRLGSS-1994 deben estar encuadrados en el RGSS «*los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación*

²¹ PANIZO ROBLES, J.A., “La Seguridad Social de los socios de las sociedades laborales y participadas (con ocasión de la Ley 44/2015, de 14)”, *CEF Laboral Social*, octubre, 2015, págs. 6-7

en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas y no posean el control de la sociedad en los términos previstos por la disposición adicional vigésima séptima bis de esta ley.

Dichos socios trabajadores se integrarán como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo que el número de socios de la sociedad laboral no supere los 25, cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección.

La inclusión a que se refiere esta letra no se producirá en el Régimen General cuando, por razón de su actividad, los socios trabajadores de las sociedades laborales deban quedar comprendidos como trabajadores por cuenta ajena o como asimilados a ellos en algún régimen especial de la Seguridad Social».

Fuera de estas reglas, no contiene la LSLP ningunas otras sobre «Régimen de afiliación a la Seguridad Social» que era la rúbrica del artículo 21 LSL-1997. Con buen criterio, el legislador mercantil entiende que esa es materia social y lo que hace es ordenar la modificación de la LGSS. Además, la tramitación paralela de la LSPL (BOE 15 de octubre de 2015) y del TRLGSS (BOE 31 de octubre de 2016) ha permitido que el legislador refundidor opte por una regulación en espejo del encuadramiento de los socios trabajadores que prestan sus servicios en las sociedades capitalistas y en las sociedades laborales y participadas que clarifica mucho la cuestión.

De este modo, deben estar encuadrados en el RGSS conforma al artículo 136.2 TRLGSS-2015:

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

c) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b), 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.

Estos consejeros y administradores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

d) Los *socios trabajadores de las sociedades laborales*, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e).

e) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, *los socios trabajadores de las sociedades laborales* que, por su condición de administradores de las mismas, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral *mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección*, y no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e).

Estos socios trabajadores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco.»

Por su parte, y como complemento de estas normas, el artículo 305.2 e) TRLGSS-2015 delimita el ámbito de aplicación subjetivo del RETA ordenando la incorporación al mismo de «los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares».

Debe advertirse de la diferente regla que rige para las sociedades capitalistas toda vez que, según el artículo 305.2 b) se hallan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del RETA «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». Y, además, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º 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. 2.º Que su participación

en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3.º 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.

La solución finalmente alcanzada mejora claramente la existente con anterioridad. Sobre el cambio registrado en 2011, las sucesivas intervenciones normativas parecen haberse orientado muy correctamente en la dirección de respetar lo específico de las sociedades laborales y participadas; esto es, que sus socios trabajadores lo son porque son trabajadores asalariados de la sociedad. Y, por tanto, lo que cabe esperar es que se hallen encuadrados en el RGSS. Solo de manera excepcional se admite el encuadramiento en el RETA; pero se trata de supuestos en los que, precisamente por el presupuesto de control societario, lo que está en cuestión es la misma naturaleza laboral de la sociedad.

4 CONCLUSIONES

Uno de las tensiones que surgen debido a la dualidad laboral societaria la posible existencia de dobles escalas salariales respecto de los trabajadores temporales. Esto se produce debido a que los estatutos sociales pueden prever desplazamientos patrimoniales a favor de los trabajadores socios que por naturaleza son fijos. Mientras que los trabajadores temporales carecerán de dichas ventajas patrimoniales. Para eliminar o reducir los inconvenientes de esta situación resulta aconsejable que se elijan representantes de los trabajadores y que se negocie un convenio colectivo a nivel de empresa.

Resultará enormemente positivo que se realice un protocolo de conductas proscritas por atentar contra la buena fe que sea comunicado a los trabajadores como tales. De esta forma se abordan desde el plano laboral incumplimientos que la LSL solo percibe como societarios.

La LRJS solo prevé que los tribunales del orden social tengan competencia en relación con la prestación de servicios. Sin embargo pueden surgir conflictos en los que la causa del incumplimiento provenga del empleador. Por ejemplo falta de pago de salarios, falta de ocupación efectiva en los que se pueda formular demanda como trabajador y no como socio. Estas demandas serán, pese al tenor literal del artículo 2º de la LRJS, competencia del orden social.

En relación con los referidos conflictos que traen su causa en incumplimientos de la empresa pueden plantearse situaciones de mayor gravedad como vulneraciones de los derechos fundamentales, en particular, supuestos de acoso moral o sexual. Para solventar estos problemas es útil contar con un protocolo que prevea solución extrajudicial de los problemas de esta índole.

5 BIBLIOGRAFÍA

- CALVO ORTEGA, R., *Sociedades Laborales*, Civitas, 2013.
- ELORZA GUERRERO, F., *Estudio sobre las implicaciones laborales, mercantiles y fiscales de la modificación estructural de la sociedad laboral*, Marcial Pons, 2011,
- GARCIA NINET, J.I., “Cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y fomento del cooperativismo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Despido disciplinario”, en AA.VV., *El despido*, Aranzadi, 2009, 2ª ed.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Thomson Aranzadi, 2008
- LÓPEZ GANDÍA, J., *Las sociedades laborales y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2006; MERCADER UGUINA, J. R., “La dimensión laboral de las sociedades laborales”, en *Economía social y cooperativismo* (Coord. Burgos Rosado y Morgado Panadero), 2006
- LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994
- LUJÁN ALCARAZ, J., “Las sociedades laborales: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en ALONSO ESPINOSA (Dir.), *Régimen jurídico de las sociedades laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997
- MAGRINÁ, J., *La sociedad anónima laboral*, Biblioteca CEAC de Cooperativismo, Barcelona, 1986
- PANIZO ROBLES, J.A., “La Seguridad Social de los socios de las sociedades laborales y participadas (con ocasión de la Ley 44/2015, de 14)”, *CEF Laboral Social*, octubre, 2015
- PIÑOL AGUADE, J.M. “Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976
- SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C., “Notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, núm. 87, 1987.