

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 670/2018 de 24 Abr. 2018, Rec. 3861/2015

Ponente: Fonseca-Herrero Raimundo, Antonio Jesús.

Nº de Sentencia: 670/2018

Nº de Recurso: 3861/2015

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Inclusión en el RETA de los administradores societarios: no requiere demostrar que desarrollan un trabajo real para la sociedad

SEGURIDAD SOCIAL. RETA. Alta de oficio. Administradores societarios. Consejero delegado de mercantil que posee el 50% de su capital social. Aplicación de la DA 27.ª TR LGSS 1994. Requisitos para la inclusión en el Régimen Especial de quienes desempeñen el cargo de consejero o administrador de una sociedad capitalista: a) ejercicio de funciones de dirección y gerencia o prestación de servicios, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, y b) control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. No se exige la demostración de que la persona de que se trata lleva a cabo un trabajo real para la sociedad, sino que basta con que ejerza las funciones de dirección y gerencia de la misma.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido contra la sentencia del TSJ Madrid que confirmó la resolución de la TGSS por la que se procedió, de oficio, al alta del actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 670/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 24 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3861/2015, interpuesto por don César, representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro González Sánchez y defendido por Letrado don Arturo Rodríguez Guardia, contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2015 por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid y recaída en el recurso nº 701/2014, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por don César contra resolución de la

Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de 4 de Agosto de 2014, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra resolución que había sido dictada el 28 de Abril de 2014 por la Dirección de Administración de aquella Dirección General y por la que se procedió, de oficio, al alta del Sr. Cesar el régimen especial de trabajadores autónomos desde el 1 de enero de 2010 y con efectos del 1 de enero de 2014, por ostentar el cargo de Consejero Delegado de la mercantil "H.A.M. Ofimática SL" y poseer el 50% de su capital social.

Ha sido parte demandada la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 701/2014, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, el día 8 de octubre de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal : «Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Cesar , confirmando las resoluciones recurridas por ser conformes a derecho; con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente en los términos establecidos en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia ».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación don Pedro González Sánchez, que la Sala de instancia tuvo por preparado acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- La recurrente formalizó el recurso anunciado que lo articula en cuatro motivos alegados al amparo del artículo 88.1,d - el primero y el cuarto- de la Ley Jurisdiccional , el segundo por infracción de la aplicación correcta de la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social y del art. 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores , y la aplicación de los artículos 225 y 226 de la Ley (sic) 1/2010, de 2 de Julio y el tercero por infracción de la aplicación correcta de la disposición 27ª de la Ley General de la Seguridad Social, y suplicando que se dicte sentencia que « dando lugar a él, casándola y anulándola, y dictar separadamente y con las limitaciones legales de la sentencia estimando los motivos de casación expuestos en el cuerpo del presente recurso».

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, la representación de la parte recurrida se opuso efectuando las alegaciones que estimó ajustadas a su derecho y terminó solicitando el dictado de una sentencia que « se proceda a desestimar el recurso formulado de contrario, declarando ajustada a derecho la resolución dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social».

QUINTO.- Mediante providencia de 9 de febrero de 2018 se designó nuevo magistrado ponente y señaló para votación y fallo el día 17 de abril de 2018.

SEXTO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 18 de abril siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Se impugna en este recurso la sentencia dictada el 8 de octubre de 2015 por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid y recaída en el recurso nº 701/2014 , que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por don Cesar contra resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de 4 de Agosto de 2014, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra resolución que había sido dictada el 28 de Abril de 2014 por la Dirección de Administración de aquella Dirección General y por la que se procedió, de oficio, al alta del Sr. Cesar el régimen especial de trabajadores autónomos desde el 1 de enero de 2010 y con efectos del 1 de enero de 2014, por ostentar el cargo de Consejero Delegado de la mercantil "H.A.M. Ofimática SL" y poseer el 50% de su capital social.*

SEGUNDO.- En el recurso interpuesto de empleaban cuatro motivos casacionales. Los dos primeros fueron inadmitidos por auto de la sección primera de esta Sala de 23 de junio de 2016 , debiendo examinar ahora los otros dos, el tercero y cuarto, que fueron articulados por la vía de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 , imputándose a la sentencia vicios in iudicando representados por la vulneración (1) de

la disposición adicional 27ª del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con el artículo 1.3, c) del Estatuto de los Trabajadores ; (2) el artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en relación con los artículos 225 y 226 de la Ley (sic) 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

En esencia, *partiendo de admitir que el único hecho que consta es que fue nombrado Consejero Delegado de la sociedad y que solo desempeñó las funciones que ello conlleva, lo que sostiene la parte recurrente es que la presunción que fija la citada disposición adicional vigésimo séptima afecta únicamente al presupuesto de poseer el control efectivo directo o indirecto de la sociedad, pero no a la prestación de servicios en la sociedad, que deben ser demostrados y no existe prueba que acredite que haya prestado servicios como trabajador de la entidad mercantil. Sostiene que esa disposición sólo es aplicable al trabajador que desempeñe funciones que conllevan el cargo de Consejero/Administrador, por lo que si no concurre el requisito de ser trabajador no puede serle aplicada.*

Aduce, además, que el cargo de Consejero Delegado se le otorgó bajo la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , siendo de aplicación su artículo 61 y no los de la Ley de Sociedades de Capital

Alega también que existían dos Consejeros Delegados y que había sido nombrado un administrador único el 28 de febrero de 2014, aunque no cite precepto legal que pudiera haber sido vulnerado por la sentencia en relación con ese hecho.

TERCERO.- La Disposición adicional vigésima séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que

«1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos 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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. 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 concurren algunas 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.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de 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. Lo establecido en el apartado 1 no afectará a los trabajadores recogidos en los artículos 2.b), 3 y 4 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre , y 24/1972, de 21 de junio , por las que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto ».

Para hacer una correcta valoración del alcance de esta previsión normativa hay que tomar en consideración que el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo , dispone lo siguiente:

«1. La presente Ley será de aplicación 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.

También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el art. 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo .

2. Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior :

c) 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 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 .»

Por tanto y en contra de lo mantenido por el recurrente *la obligación de estar encuadrado en el régimen especial de autónomos no solo alcanza a los trabajadores autónomos en sentido estricto (los del número 1 del artículo anterior) sino también el administrador que ejerza funciones de dirección y gerencia en una sociedad mercantil capitalista si ejerce las funciones de dirección o gerencia y cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla.*

En suma y en lo que ahora nos afecta, *la inclusión en el régimen especial de autónomos de quienes desempeñen el cargo de consejero o administrador de una sociedad capitalista exige:*

A) el ejercicio de funciones de dirección y gerencia o la prestación de servicios, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa; y,

B) tener el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla, cuestión respecto de la que la norma legal dice "que 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".

Desde esta exposición *debe ser rechazada la primera de las vulneraciones normativas alegadas puesto que la previsión normativa trascrita no contempla, en modo alguno, que la inclusión en el régimen de autónomos exija que el Consejero Delegado tenga que ser trabajador que preste otros servicios o desempeñe otras funciones en la empresa mercantil capitalista. Es decir, que en este supuesto el encuadramiento en el régimen de autónomos no requiere la demostración de que la persona de que se trata lleva a cabo un trabajo real para la sociedad, sino que basta con que ejerza las funciones de dirección y gerencia de la sociedad mercantil de que se trate de conformidad con lo previsto al respecto en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social .*

Finalmente, es improcedente la alegación del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores puesto que dicho precepto excluye de su ámbito la actividad - relación de servicios de los trabajadores por cuenta ajena- de mero Consejero o miembro de órgano de administración de las sociedades y, sin embargo la controversia resuelta se centra en la condición de trabajador por cuenta propia atribuido a los miembros de los órganos de administración de las entidades mercantiles que simultáneamente controlen las mismas, en los términos y a los efectos establecidos en la disposición adicional 27ª de la LGSS .

CUARTO.- También debe ser rechazada la vulneración del artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en relación con los artículos 225 y 226 de la Ley (sic) 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , que se alega únicamente porque fue nombrado Consejero Delegado durante la vigencia de aquella y sería el citado artículo 61 el que debería tomarse en consideración a la hora de tomar en consideración las facultades de tal cargo.

Se trata de una alegación intrascendente e irrelevante pues nunca ha negado y ahora vuelve a admitir el ejercicio de las funciones de dirección y gerencia como administrador solidario de la sociedad limitada de la que posee el 50% del capital social junto con otro socio que posee el mismo capital y que es también administrador solidario. En esa condición tiene las más amplias facultades para dirigir y gestionar la sociedad, según consta en las correspondientes escrituras públicas a las que hace referencia el informe de la Inspección, que constan en el expediente administrativo, por lo que con estos datos se considera que ejerce las funciones de dirección y gerencia de la

mercantil y además tiene su control efectivo, siendo carga procesal del recurrente, que no ha llevado a cabo, acreditar que pese a ser administrador solidario y poseer el 50% del capital social, no ha ejercido las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador.

Solo nos resta por añadir que el recurrente nunca cuestionó que tiene el control de la sociedad en los términos previstos en la norma, merced a su participación en la sociedad -50 por ciento del capital social-. Todo lo más que cabría admitir en su planteamiento es que no ejercía de forma efectiva las funciones de dirección y gerencia, pero si ello fuese así realmente hay que decir que en la formulación del motivo se desconocería la naturaleza del recurso extraordinario de casación, encaminado a rebatir los errores de derecho en que pueda haber incurrido la Sentencia objeto del recurso, sin que puedan ponerse en cuestión en el mismo los hechos declarados probados en aquélla sin alegar un motivo específico para ello que se ajustase a la reiterada doctrina de esta Sala referida a que la valoración de la prueba está vedada en esta sede de casación, excepción hecha de supuestos de arbitrariedad o error manifiesto o bien de infracción de las reglas que regulan el valor de la prueba tasada.

Así las cosas, no podría aceptarse una alegación referida a que el actor no ejerce las funciones de gerencia y dirección, porque estaría en directa contradicción con la declaración de hechos probados de la sentencia, que aprecia lo contrario.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición legal de las costas causadas a la parte recurrente en aplicación del artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional , si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el punto 3º del citado precepto legal y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en cuatro mil euros (4.000 euros) la cifra máxima que, por todos los conceptos, podrá ser repercutida por la parte recurrida que se personó y ejerció efectiva oposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Cesar contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2015 por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid y recaída en el recurso nº 701/2014 .

2º.- **HACER** imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente, ello hasta un máximo de cuatro mil euros (4.000 euros) y en la forma indicada en el último de nuestros fundamentos de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico