

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO SOCIAL (en Unificación de Doctrina)

Recurso Num.: 4335/2001

SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Luis Gil Suárez
D. Victor Fuentes López
D. Mariano Sampedro Corral
D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. José María Marín Correa

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil dos.

Vistos los presentes autos pendientes, ante esta Sala, en virtud del recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2.001, en Suplicación, contra la del Juzgado de lo social nº 2 de Bilbao de fecha 22 de marzo de 2.001, en actuaciones seguidas por INDUSTRIAS DE S. T. I., S.A., contra la entidad ahora recurrente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. VICTOR FUENTES LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2.001, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por INDUSTRIAL DE S. T. I., contra la TGSS y Alfonso G. de la H., contra la resolución de la TGSS de fecha 24-10-00, debo confirmar como confirmo ésta en todos sus términos".

SEGUNDO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º) D. Alfonso G. de la H., hijo del Administrador mancomunado de la empresa demandante "Industrial de S. T. I., S.A.," viene prestando sus servicios para ésta como Gerente en virtud de contrato laboral suscrito el 1-7-99, de trabajo a tiempo parcial encuadrando su relación en el Régimen General de la Seguridad Social. 2º) Por resolución de 7 de junio de 2.000 de la TGSS se acordó modificar de oficio el tipo de contrato que Don Alfonso G. de la H., mantiene con la empresa "Industrial de S. T. I., S.A.," desde el 1-7-99 del 003 (tiempo parcial indefinido) coeficiente del 130%, al 001 (indefinido a jornada completa), al considerar que a los Administradores y consejeros de Sociedades de responsabilidad limitada a que se refiere el art. 97.2 de la LGSS, en tanto son considerados trabajadores asimilados a trabajadores por

cuenta ajena, no les es de aplicación la figura laboral del contrato a tiempo parcial en los términos del art. 12 del ET. al estar excluidos de su ámbito de aplicación al ser figuras contractuales de carácter mercantil. 3º) Que Don Alfonso G. posee una participación social en la referida empresa del 2,5% al igual que su hermano, ostentando el padre de Don Luis G. el resto de participaciones del capital social, ostentando aquel además la condición de Administrador mancomunado junto con su padre. 4º) En fecha 12-7-00 interpuso Reclamación previa que fue íntegramente desestimada por resolución de fecha 24-10-00 manteniendo la resolución recurrida de 8-6-00.

TERCERO.- Posteriormente, con fecha 23 de octubre de 2.001, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: FALLO "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Industrias de S. T. I., S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo social nº 2 de los de Bizkaia, dictada el 22 de marzo de 2.001, en los autos nº 582/00 sobre impugnación de alta de oficio, seguidos a instancia de la hoy recurrente contra Don Alfonso G., revocamos la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declaramos que el alta de oficio del Sr. G.en el RGSS debe serlo en función de la duración de su jornada en la mercantil demandante, debiendo estar y pasar por esta declaración las partes demandadas".

CUARTO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, ante esta Sala, mediante escrito amparado en lo dispuesto en los arts. 215 y siguientes, de la Ley de Procedimiento Laboral, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 22 de mayo de 2.001.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación de la parte recurrida personada y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, se declararon conclusos los autos y se señaló día para Votación y Fallo el 24 de junio de 2.002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta en los hechos probados de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 24 de octubre de 2.001, que Don Alfonso G. de la H., titular de un 25% del capital social de la empresa Industrial de S. T. I., S.A., Gerente de la Sociedad en virtud de un contrato a tiempo parcial suscrito el 1 de julio de 1.999, con alta en el Régimen General de la Seguridad Social, fue nombrado Administrador Mancomunado de la misma en unión de su padre, siendo modificado el tipo de contrato que mantenía desde el 1 de julio de 1.999, por Resolución de la T.G.S.S. de 7 de junio de 2.000, que de oficio, consideró, que por tratarse de un Administrador de una Sociedad, a la que se refiere el art. 97-2 de la L.G.S.S., en tanto son considerados asimilados a trabajadores por cuenta ajena, no lo es de aplicación la figura laboral del contrato a tiempo parcial en los términos del artículo 12 del E.T., por estar excluidos de su ámbito de aplicación al ser figuras contractuales de carácter mercantil. Interpuesta, primero reclamación previa, y más tarde demanda por la empresa contra dicha Resolución fueron desestimadas, en 24 de octubre de 2.000 y 22 de marzo de 2.001 respectivamente. La sentencia de suplicación, ahora impugnada, estimó el recurso, declarando que el alta del Administrador debe darse en función de la duración de jornada mercantil, razonando en síntesis que ni del artículo 97-2 K de la L.G.S.

Social, ni del artículo 12 del E.T., se desprende que la jornada de un Administrador Societario no pueda ser a tiempo parcial, anulando, por tanto la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Entablado el presente recurso por la T.G.S.S. se alegó que lo decidido en la sentencia que impugnaba estaba en contradicción con lo resuelto en un caso similar por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en 22 de mayo de 2.001 concurriendo por tanto el requisito de previa contradicción exigido en el art. 217 L.P.Laboral.

Se impone por tanto examinar la realidad de dicha contradicción. En el caso contemplado en la sentencia de contraste, se desestimó el recurso de suplicación de la empresa allí impugnante de la Resolución de la T.G.S.S., contra la sentencia de instancia, que a su vez, había desestimado su demanda. Son datos fácticos a tener en cuenta, que en dicho supuesto la codemandada Doña María Esther V. M., nombrada en 10 de marzo de 1.998, administradora en unión de otra persona, de la empresa, no tenía participación alguna en el capital social de la empresa Sociedad de Responsabilidad limitada, no habiendo asumido antes de su nombramiento como Administradora funciones de Gerente; antes de dicho nombramiento como Administradora y desde el 10 de marzo de 1.996, fue Jefe de servicios con la misma empresa a jornada completa, dándole de alta en la Seguridad Social; que en el período de 1 de febrero de 1.999 hasta el 14 de julio de 2.000, es decir después de su nombramiento como Administrador se comunicó al INEM que su jornada laboral pasó a ser de 20 horas semanales de lunes a viernes con horario de 10 a 14 horas; igualmente en dicho período mantuvo otro contrato a tiempo parcial con otra empresa, de la que eran únicos socios, los mismos que en la recurrente, siendo también administrador; a partir de 17 de febrero de 2.000 la jornada siempre fue a tiempo completo. La sentencia consideró que la naturaleza mercantil de la relación impida que la jornada de un Administrador fuese a tiempo parcial ni que se pudiera aplicar el art. 12 del E.T.

Existe contradicción alegada; en ambos casos lo debatido es lo mismo, la jornada laboral del Administrador mancomunado de una sociedad mercantil, que antes de su nombramiento como tales prestaban servicios a la empresa, como Gerente, en un caso y, en otro como Jefe de Servicios, siendo en este punto los fallos de signo contrario.

No afecta a la contradicción: a) que en un caso, el Administrador fuese titular de un 25% del capital social, y en el otro no, pues el artículo 123-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1.989 no requiere para ser Administrador la cualidad de socio; b) que en la recurrida, el Administrador antes fuese Gerente, y en la de contraste Jefe de Servicios, ya que esta última actividad es anterior a su nombramiento como Administrador; c) tampoco el hecho de que en el período de 1 de febrero de 1.999 a 17 de julio de 2.000 mantuviera contrato a tiempo parcial, con otra empresa de la que era también administrador, ya que la Resolución de la T.G.S.S. era de fecha posterior.

TERCERO.- Entrando en el examen del fondo litigioso, que se concreta en si un administrador mancomunado puede o no mantener una jornada a tiempo parcial con la empresa o necesariamente debe ser a jornada completa dado la naturaleza mercantil de la relación a la solución correcta, es la de sentencia de contraste por lo siguiente:

A) El artículo 97-2 K de la Ley de la Seguridad Social, establece que estarán incluidos obligatoriamente en el Régimen General de la Seguridad Social, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los Consejeros y Administradores de Sociedades Mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de estas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésima séptima de la presente Ley, cuando el

desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de una sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma.

B) Esta Sala en su sentencia del Pleno de 29 de enero de 1.997, y en otros posteriores interpretando dicho artículo en relación con el encuadramiento de los administradores societarios o consejeros ejecutivos, que trabajan por cuenta de una sociedad por acciones, con participación accionarial inferior al 50% y que atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efectos sus acuerdos y poniendo, en practica en la vida de la empresa los objetivos societarios, declaro que la calificación de su trabajo como por cuenta ajena derivada de que su participación en la propiedad de la persona jurídica, cuyo gobierno le está encomendado no alcanzaba la mayoría de acciones situándose la línea divisoria de participación en el capital social en el 50%, por tanto si el administrador no alcanza el 50% de las acciones prevalecen en su trabajo el rango de la ajeneidad.

C) En el caso de autos, el administrador societario tiene una participación de un 25% en el capital social, esto es menos del 50%, de ahí, la procedencia de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, dado su asimilación a trabajador por cuenta ajena, de acuerdo con lo establecido en el art. 97-2 K, de la L.G.S.S en la redacción dada por Ley 50/98 de 30 de diciembre y doctrina interpretativa de esta Sala. No cabe plantearse en este recurso, sí la inclusión debe ser en el RETA, como se pidió en la demanda con carácter subsidiario pues esa cuestión no se plantea en la reclamación previa.

D) En cuanto al tema nuclear planteado en el recurso, dado que la asimilación de los Administradores Societarios a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, la aplicación de normas laborales y por tanto del E.T., están excluidos para regular la relación del Administrador con la empresa, dado la naturaleza mercantil de la relación, reguida por lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1.989, en su Capítulo V, Sección 3ª, artículo 123 y siguientes, en donde se establece el régimen de nombramiento, prohibiciones, ejercicio del cargo, retribución, etc.; pues bien, si dentro de esta normativa, ninguna referencia se contiene a la jornada del Administrador, por tratarse de una actividad que por su propia naturaleza no está sometida a límites temporales, en principio, salvo que conste que desarrolla otras actividades similares en otra empresa dándose un caso de concurrencia de actividades, lo que en el presente caso no consta que acaezca, la jornada, por la propia naturaleza de la función, es a jornada completa, sin que en modo alguno pueda aplicarse el art. 12 del E.T., a efecto de cotizaciones. Por tanto deben estimarse los dos primeros motivos del recurso de la T.G.S.S., pues la sentencia recurrida lleva a cabo una aplicación indebida del art. 97-2 K. de la L.G.S.S. en relación al art. 12 del E.T., siendo correcta la decisión de la T.G.S.S., en el supuesto de autos de revisar de oficio el alta en el R.G.S. Social del Administrador Societario que nos ocupa, sin que sea impedimento para ello el que se formalizara la relación con el Gerente a tiempo parcial, dado que no hay prueba alguna que acredite que realmente desempeñara actividad en otra empresa, que de darse originaria un supuesto de pluriactividad o pluriempleo con las consecuencias previstas en el R.D. 84/96 de 26 de enero, sobre afiliación, inscripciones altas y bajas, en cuanto a cotizaciones a cargo de cada empresa; todo lo dicho conduce a la casación y anulación de la sentencia recurrida, y a desestimar el recurso de suplicación de la empresa, confirmando lo resuelto en la instancia. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, interpuesto por la Letrada doña María Fernanda Mijares García-Pelayos, en nombre y representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de octubre de 2.001. La casamos y anulamos y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el interpuesto por la empresa INDUSTRIAL DE S. T. I., S.A., confirmando lo resuelto por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.