

PRECISIONES SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Javier Gárate Castro*
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos presentes en la evolución de la protección por desempleo es el de la relativa ampliación y precisión del ámbito subjetivo de ésta, incluyendo en él no sólo a grupos de trabajadores dependientes y por cuenta ajena que en un principio carecían de la protección considerada, sino también a ciertos colectivos cuya prestación de servicios o actividad no se desarrolla en virtud de un contrato de trabajo y, en algún caso, ni siquiera en régimen de ajenidad, lo que revela la existencia de un cierto grado de *deslaborización* de la protección. La apuntada ampliación, que se observa ya en la LBE, que procedió a extender la cobertura a los “trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo, incluidos en el régimen especial de la seguridad social agraria” (art. 16, núm. 2), y que prosiguió con la LPD, no puede considerarse, ni mucho menos, un proceso cerrado, como lo demuestra la disposición final quinta, núm. 1, LGSS, que, al igual que la derogada LPD (art. 3º, núm. 4), faculta al Gobierno para otorgar la protección por desempleo a otros grupos de personas que hoy no figuran entre los sujetos protegidos.

Actualmente, la protección comprende, según precisa el art. 205 LGSS, que mejora la descripción de “personas protegidas” llevada a cabo por el art. 3º LPD (1), a: 1) “los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la seguridad social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(1) Sobre la definición de beneficiarios hasta este último texto legal vid. art. 4º Ley 62/1961, de 22 julio, del seguro de desempleo; art. 174 LSS y LGSS 1974 y art. 16 LBE.

públicas”, siempre que el grupo de que se trate tenga establecido cotizar por la contingencia de desempleo. 2) “Con las particularidades que se establezcan reglamentariamente, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales de la seguridad social” que otorgan protección frente a dicha contingencia. Y 3), en las condiciones previstas en el título III de la propia LGSS, los “liberados de prisión”. Ahora bien, la expresión trabajadores por cuenta ajena es empleada por el precepto, no en un sentido estricto y técnico-jurídico, sino con la amplitud precisa para dar cabida a quienes, sin ser propiamente tales, se asimilan a ellos a efectos de quedar incluidos en el régimen general o en alguno de los regímenes especiales de la seguridad social y de acceder a la protección por desempleo, de preverse la correspondiente cotización y sin perjuicio de las especialidades con que se les otorgue aquélla. De este modo, la relación de sujetos protegidos que realiza el art. 205 LGSS comprende a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, pueden decidir su inclusión en el régimen general o en alguno de los regímenes especiales de la seguridad social que dispensan cobertura frente a la contingencia de desempleo (2) y que, por lo tanto, en uno u otro caso, están obligados a cotizar por ésta. Sea como fuere, es claro que el núcleo central de la protección por desempleo prosigue tomando como referencia principal a los trabajadores dependientes y por cuenta ajena, es decir, a quienes prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo o relación laboral, hasta el punto de que son precisamente tales trabajadores los que considera el art. 208 LGSS a la hora de determinar los supuestos que originan la “situación legal de desempleo”.

No aparecen expresamente en la relación del art. 205 LGSS, pero están incluidos en la protección, como se desprende claramente de otros preceptos de este texto legal, quienes retornen a España por extinción de su relación laboral en país extranjero (3). Ello permite concluir que el indicado precepto no excluye, sino que contempla implícitamente la posibilidad de que la cualidad de trabajador por cuenta ajena (o asimilado) incluido en el régimen

(2) Cfr. disposición adicional cuarta LGC y art. 1º Real Decreto 1043/1985, de 19 junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

(3) Cfr. art. 208, núm. 1.5 y art. 215, núm. 1.1., c). También art. 2º, núm. 1, d) y art. 11 RPD.

general o en alguno de los regímenes especiales, de personal contratado en régimen de derecho administrativo o de funcionario de empleo, tomada como elemento definitorio de las personas protegidas frente al desempleo, vaya referida a un momento anterior a aquel en que se produce la situación legal de desempleo, que, en concreto, sería el caso de los emigrantes retornados, respecto a los cuales el hecho del retorno se configura como situación “asimilada al alta” a efectos del cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para el nacimiento de la protección (4).

Sobre la concreción de la descripción general de personas protegidas que realiza el art. 205 LGSS, entendido con la extensión que acaba de señalarse, versa la exposición que sigue. Se está ante una concreción que guarda relación inmediata con la propia definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, que la condiciona intensamente. Por otra parte, su realización debe acometerse teniendo en cuenta que la prestación de una actividad determinante de la inclusión en el sistema de la seguridad social no basta para quedar comprendido en el grupo de sujetos protegidos frente al desempleo. Con carácter general, se precisa que esa inclusión aparezca impuesta por ciertas condiciones presentes en el desarrollo de aquella actividad y que, además, exista previsión legal de que la incorporación al régimen de que se trate conlleve la cotización por desempleo. Faltando semejante previsión, las aludidas condiciones serían insuficientes para considerar sujetos protegidos a quienes las reúnan. Entre ellas figuran las de que la actividad considerada se preste en régimen de dependencia y por cuenta ajena, esto es, en virtud de una relación calificable de laboral o en circunstancias tales que consientan la asimilación de los que la realizan a quienes desarrollan sus servicios en la forma indicada. El acceso de unos y otros a la protección por desempleo puede producirse desde el régimen general o desde alguno de los regímenes especiales, según donde estén incluidos. En cualquier caso, la exacta delimitación de ese grupo de sujetos protegidos se vuelve especialmente dificultosa en ciertos supuestos, en los que la laboralidad de la relación de servicios de aquéllos puede resultar discutible o, aun estando sometida ésta al Derecho del Trabajo, difiere de la común u ordinaria.

(4) Cfr. art. 2º, núm. 1, d), RPD en conexión con el art. 207, a), LGSS.

II. EXCLUSIONES CONSTITUTIVAS

Tanto si figuran incluidos en el régimen general como en alguno de los regímenes especiales, no todos los trabajadores por cuenta ajena (y dependientes) tienen la condición de sujetos protegidos frente al desempleo. El legislador ha estimado oportuno que ciertos grupos de ellos, a pesar de que el carácter laboral de su relación no ofrezca duda, no coticen por desempleo ni puedan, por tanto, disfrutar de cobertura por tal contingencia. Aparecen así exclusiones, de naturaleza constitutiva, que pueden sistematizarse atendiendo, bien al régimen de la seguridad social en el que se producen, bien al tipo de contrato de trabajo afectado.

Pertenecen al primer grupo las exclusiones de:

1) Los *empleados del hogar*, con la excepción de los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares, que quedan incluidos en el régimen general (5) y no en el especial de aquéllos, no existiendo ningún precepto legal que disponga que no coticen por desempleo ni que, por consiguiente, carezcan de protección por éste (6).

Y 2), los trabajadores *eventuales* incluidos en el régimen especial agrario, salvo que la prestación de sus servicios se desarrolle en comunidades autónomas en las que el “paro estacional” de aquéllos “sea superior a la media nacional” y donde su número “sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias” (7), en cuyo caso tienen la posibilidad de disfrutar, de reunir los requisitos reglamentariamente establecidos (8), de un subsidio (asistencial)

(5) Art. 97, núm. 2, b), LGSS.

(6) El empleado del hogar está excluido aun en el caso de que hasta el inicio de su relación especial hubiera cotizado por desempleo en otra ocupación distinta, si cesó en ella *voluntariamente* (STSJ La Rioja de 5 julio 1993; AS 3224). La solución parece que debe ser la contraria cuando la extinción del contrato anterior hubiera reunido las condiciones precisas para hacer surgir la situación legal de desempleo de no haberse obtenido la nueva colocación como empleado del hogar; con todo, repárese en que la condición de beneficiario no se obtendría entonces como tal empleado del hogar, sino como trabajador por cuenta ajena del régimen (general o especial) en el que se hubiera producido la correspondiente cotización.

(7) Art. 1º, núm. 2, Real Decreto 1387/1980, de 8 noviembre, regulador del subsidio por desempleo en favor de los trabajadores en cuestión.

(8) Los contenidos en el Real Decreto últ. cit., parcialmente modificado por el 273/1995, de 24 febrero.

por desempleo, sometido a reglas específicas. Las referidas comunidades autónomas, a determinar por el Gobierno de acuerdo con los criterios apuntados, continúan siendo las de Andalucía y Extremadura (9); a los efectos de la protección considerada, son trabajadores eventuales “quienes, estando inscritos en el censo del régimen especial agrario de la seguridad social, sean contratados por tiempo determinado para la realización de labores agrarias en una o varias explotaciones agrarias del mismo o distinto titular” (10). Por lo demás, la eventualidad de la relación laboral que excluye de la protección por desempleo o que sólo permite acceder a la restringida en los términos subjetivos y objetivos que acaban de indicarse, es la que se haya pactado de acuerdo con lo permitido por las normas que regulan las modalidades de contrato de trabajo de duración determinada, no la que contraviene las mismas y que, por lo tanto, a pesar de su apariencia formal, carece de eficacia y no puede impedir que prevalezca el verdadero carácter indefinido del vínculo (11). El hecho de que no se hubiese cotizado por desempleo al amparo de una aparente condición de eventual del trabajador no priva a éste de su condición de sujeto protegido ni exime a la entidad gestora -el INEM- de la obligación de pagar, en su caso, la correspondiente prestación, sin perjuicio de su derecho a obtener del empresario responsable del descubierto el reintegro de las cantidades satisfechas (12). En el extremo opuesto, la cotización por desempleo que pudiera haberse efectuado en relación con quien se aprecia que estuvo vinculado por un contrato de duración determinada es ineficaz a efectos de permitir el acceso a la protección (13).

(9) Cfr. disposición adicional primera Real Decreto 1387/1990. Sobre el carácter no discriminatorio de la limitación geográfica indicada vid. sentencia T. Const. de 11 mayo 1990.

(10) Art. 1º, núm. 1, párrafo segundo, Real Decreto 1387/1990, en la redacción dada por el 273/1995.

(11) Cfr. STSJ Galicia de 5 de junio 1995 (AS 2301).

(12) Cfr., además de la STSJ cit. nota anterior, STSJ Andalucía (Granada) de 12 julio 1994 (AS 2929). Sobre los indicados pago y reintegro vid. art. 31, párrafo segundo, RPD, en relación con el art. 126, núm. 2, LGSS y los arts. 94, 95 y 96 LSS. De acuerdo con el art. 95, núm. 1, de este último texto legal, el alcance de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, “así como los supuestos en que, sin perjuicio de la misma, se anticiparán [éstas] por las entidades gestoras..., se regirán por las siguientes normas: ... 2º. Las prestaciones de desempleo..., cuando se trate de trabajadores en alta, serán hechas efectivas por la entidad gestora, de forma directa e inmediata y el empresario vendrá obligado a reintegrar el importe de las mismas”.

(13) STSJ Cataluña de 14 junio 1994 (AS 2560).

Por lo que respecta al segundo grupo de exclusiones, se integran en el mismo las de los contratados para la formación y los contratados a tiempo parcial cuya prestación de servicios no supere las doce horas semanales o las cuarenta y ocho horas mensuales. La protección de seguridad social de los pertenecientes a cualquiera de los dos grupos es notablemente inferior a la ordinaria, quedando reducida la cobertura a los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria por riesgos comunes y maternidad, la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad y, sólo en caso de los contratados para la formación, las pensiones (14).

III. CASOS PARTICULARES

Ya se manifestó que el ser trabajador dependiente y por cuenta ajena no permite acceder a la protección por desempleo cuando no esté establecida la cotización por esta contingencia; ahora bien, inversamente, la existencia de esa cotización específica tampoco es suficiente para reconocer la condición de sujetos protegidos a quienes, a pesar de aquélla, no aparecen vinculados por una verdadera relación laboral ni están asimilados, *ex lege*, a trabajadores por cuenta ajena. No basta con la aparente celebración de un contrato de trabajo, sino que deben concurrir los elementos que permitan concluir que se está realmente ante este tipo de contrato. A la hora de establecer si alguien es o no merecedor de la condición de sujeto protegido frente al desempleo se impone en ciertos casos, pues, la indagación de si, por encima de aspectos formales, como la existencia de un documento expresando que se ha celebrado un contrato de trabajo, de recibos salariales o de alta y cotización en el régimen general, la relación es materialmente laboral. En concreto, la anterior indagación se hace precisa si quien pretende la condición de sujeto protegido

(14) Vid., respecto a los trabajadores a tiempo parcial, disposición adicional séptima, núm. 3, LGSS; respecto a los contratados para la formación, disposición adicional sexta LGSS. No obstante, la situación cambiará, para el primer grupo de trabajadores, cuando se cumplan las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 mayo, cuya disposición transitoria cuarta, núm. 1, concede al Gobierno un plazo de tres meses para "adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectivo el derecho... a la cobertura de la totalidad de las contingencias de los contratados a tiempo parcial por duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes".

resulta ser un *familiar* próximo al titular o a los titulares de la empresa o un *socio* de ésta, con participación en su capital, bien entendido que pueden darse simultáneamente las dos situaciones (trabajador y socio de empresa familiar). El problema es el de determinar cuándo la condición de familiar y/o socio es incompatible con la naturaleza laboral de la relación, pues no se está ante extremos absolutamente irreconciliables. En este sentido, la jurisprudencia de los Tribunales laborales enseña que la solución a la cuestión, lejos de poder ser general, ha de construirse en función de las circunstancias de cada caso; a partir de ahí, se han preocupado aquéllos por identificar ciertos criterios o índices cuya presencia evidencia que la pretendida laboralidad de la relación no es más que una mera apariencia. La concurrencia de varios de tales criterios refuerza la solución finalmente adoptada.

1. Trabajos familiares

En el caso de la prestación de servicios para una empresa familiar, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 7º, núm. 2, LGSS, a tenor del cual, a efectos de su inclusión en el sistema de la seguridad social, “no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo”. En consecuencia, concurriendo las circunstancias descritas, de parentesco, ocupación, convivencia y dependencia económica, la presunción que establece el precepto entra en juego y conduce a calificar la prestación de servicios en la que se den aquéllos como constitutiva de un trabajo familiar excluido de la naturaleza laboral por el art. 1º, núm. 3, e), TRET. Sin embargo, por tratarse de una presunción “*iuris tantum*”, semejante calificación cede cuando el interesado acredite que, a pesar de las referidas circunstancias, los servicios fueron realizados a cambio de un salario y en régimen de dependencia (sujeción al poder de organización y dirección del receptor) y ajenidad, de modo que aparezca claro que la laboralidad que se pretende para los mismos es real y no ficticia. A los efectos considerados, la percepción regular de cantidades imputadas al concepto de salario constituye un índice menos determinante del carácter laboral de la

relación cuando éste se establece entre personas que reúnen el tipo de parentesco contemplado y no entre extraños (15), haciéndose entonces especialmente conveniente comprobar, para dejar sentado el referido carácter, que el perceptor no intervenía en la organización de la actividad empresarial y que los resultados de su trabajo no aprovecharon a un fondo familiar común en el que aquél participaba y al que se le imputaban todos los beneficios o pérdidas del negocio, industria o explotación. No existen reglas generales o fijas acerca de las situaciones en que cabe apreciar dependencia y ajenidad en el trabajo de quien está vinculado por lazos de parentesco con el titular de la empresa; sólo a la vista de los hechos definatorios de cada caso es posible juzgar si los mismos son o no suficientes para destruir la presunción legal de la naturaleza extralaboral de la relación, pudiendo conducir una leve variación de ellos a que la solución final se incline en uno u otro sentido y, por consiguiente, a que se reconozca o no el derecho a la protección por desempleo de los afectados.

Con carácter general, la presunción comentada no se circunscribe a los casos en que el destinatario de los servicios es una persona física que actúa como empresario. La circunstancia de que la empresa familiar revista la forma jurídica de sociedad no desvirtúa, por sí sola, el juego de la presunción y la posible influencia del parentesco sobre la calificación de la prestación de servicios como extralaboral; o dicho de otro modo, del hecho de que éstos se hayan recibido por un ente dotado de personalidad jurídica propia y distinta de la física que corresponde a sus socios no se colige necesariamente que no exista trabajo familiar y sí una actividad por cuenta ajena y de naturaleza laboral por tenerse que entender que tales servicios se concertaron exclusivamente con la persona jurídica y que, por lo tanto, cualquier vínculo de parentesco entre quien los prestó y los mencionados socios es ya irrelevante para la calificación de la relación.

Tratándose de una empresa constituida como persona jurídica en la que la titularidad del capital y la administración y gestión estén concentrados, en su totalidad o mayoritariamente, en determinados miembros de una familia (v. gr., cónyuge, hijos, padres, abuelos, hermanos, tíos), deja de ser razonable

(15) Cfr. STSJ Aragón de 18 enero 1995 (AS 23).

y obligado el mantenimiento de una drástica separación entre aquélla y éstos (16), dándose el presupuesto necesario para la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica, tendente a evitar que al amparo de la ficción legal que constituye la misma se puedan perjudicar o defraudar legítimos intereses privados o públicos, como sería, entre estos últimos, el de reservar la protección por desempleo a quienes resulten ser trabajadores por cuenta ajena en sentido material y no meramente formal (17). Se explica entonces que se haya denegado la referida protección a la persona que prestó servicios de vendedor para una sociedad anónima de la que su padre, en cuyo domicilio vivía, es administrador único y titular de todas las acciones menos una (18); al hijo que prestó servicios para la sociedad limitada constituida por su padre, con el que, además, convive, y su tío, “suscriptores cada uno de ellos de la mitad de las participaciones sociales y únicos administradores solidarios” (19); al contratado como operario de confección de primera por una sociedad limitada constituida por su cónyuge y su cuñado, únicos socios, administradores solidarios y poseedores de igual número de participaciones (20); o, en fin, al contratado con la categoría de oficial de segunda por la sociedad anónima constituida por sus padres, únicos socios, administradores solidarios y con los que convive (21).

(16) Así, entre otras, sentencias TSJ Cataluña de 10 febrero y 16 mayo 1994 (AS 551 y 2070, respectivamente) y TSJ Andalucía (Málaga) de 11 enero de igual año (AS 296).

(17) Cfr. STSJ Castilla-La Mancha de 26 enero 1994 (AS 341).

(18) STSJ Cataluña de 10 febrero 1994, cit. Manifiesta el órgano jurisdiccional que el mencionado vendedor, pretendidamente trabajador por cuenta ajena al servicio de la sociedad anónima “estaba integrado en el círculo familiar que ostentaba la titularidad del capital y la gestión del negocio”. Tal circunstancia impide apreciar que su relación fuese por cuenta ajena.

(19) STSJ Castilla-La Mancha de 26 enero 1994, cit. Señala la misma que “levantado el velo” de la persona jurídica denominada Hermanos Baeza Córdoba, S.L. nos encontramos con una asociación puramente familiar constituida por dos hermanos, administradores únicos de la misma y partícipes al 50%, lo que evidencia la existencia de una identidad real entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen, siendo éstas las verdaderas titulares de los intereses escondidos bajo la forma societaria”; por ello “no es posible ampararse en el aspecto puramente formal de la configuración como persona jurídica para desvincular la relación de parentesco entre el actor y la demandada empleadora, así como la presunción contenida en el art. 7.2 de la Ley general de la seguridad social”.

(20) STSJ Aragón de 15 febrero 1995 (AS 473). Las circunstancias descritas conducen, según la sentencia, a que la supuesta relación laboral concertada con la sociedad no pueda prevalecer “sobre la realidad misma de las cosas, ya que, en definitiva, nos encontramos ante un fondo social y familiar común de intereses y riesgos que excluyen la relación de trabajo dependiente y del real sometimiento al ámbito organizativo, directivo y disciplinario de terceros”.

(21) STSJ Aragón de 18 de enero de 1995, cit. Presupuestos análogos o similares a los tomados como ejemplo en el texto y aplicación de igual solución (denegación de la protección por

Si, además de la concentración de la gestión y de las acciones o participaciones sociales en miembros de su familia, el aparente trabajador por cuenta ajena figura como titular de una parte de éstas y/o ejercitó, directamente o en virtud de apoderamiento, facultades relevantes propias de los administradores de la sociedad, se dispone de índices adicionales que refuerzan la conclusión contraria a la apreciación de un contrato de trabajo (22), por “el evidente interés” de aquél “en los frutos y riesgos derivados de la empresa”, que “imposibilita absolutamente el apreciar tanto el requisito de ajenidad o alteridad que ha de concurrir entre trabajador y empresario como el de sometimiento a una organización y dirección de otra persona -empleador-ajena e incluso contraria en sus respectivos intereses” (23). Ahora bien, mientras que en algunos casos se afirma la naturaleza extralaboral de la relación a pesar de que el aparente trabajador no convive -o no consta que conviva- con ninguno de los restantes socios y familiares suyos (24), pues la presencia de las demás circunstancias reseñadas se consideran determinantes de la falta de dependencia y ajenidad (25), en otros, se concede a éstas

desempleo ante la imposibilidad de admitir, por falta de dependencia y ajenidad, que la relación concertada formalmente como laboral con una sociedad sea hábil para romper la presunción legal de trabajo familiar), se encuentran, entre otras, en stcias. de los Tribunales Superiores de Justicia, todas de 1994, de Cataluña de 5 enero (AS 134: “no responde a la categoría de trabajador por cuenta ajena” la persona que convive “con los dos mayores accionistas de la sociedad que constituía la empresa en que trabajaba, los cuales eran, por otro lado, sus padres, quienes, tan sólo junto a su hermano de aquélla, formaban todo el accionariado”), Aragón de 2 marzo (AS 1315: servicios prestados como “calcedor” por quien convive con sus padres, únicos accionistas de la sociedad receptora de aquéllos), País Vasco de 19 abril (AS 1421: gerente de sociedad limitada cuyos socios son su cónyuge, su cuñado y su suegra, conviviendo esta última con el matrimonio) y Castilla y León (Burgos de 20 de igual mes (AS 1365: gerente de sociedad limitada que convive con su hijo, administrador único de la misma y titular de cuarenta y nueve de las cincuenta participaciones en que se reparte el capital social, estando suscrita la participación que resta por el primero).

(22) Cfr. stcias. Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 18 enero 1994 (AS 232), Andalucía (Sevilla) de 22 junio de igual año (AS 2404) y Cataluña de 30 junio 1993 (AS 3027) y 27 enero y 2 y 4 junio 1994 (AS 176, 2538 y 2544, respectivamente).

(23) STSJ Cataluña de 27 enero 1994, cit.

(24) STSJ Castilla y León (Burgos) de 18 enero 1994, cit.; stcias. TSJ Cataluña de 30 junio 1993 y 27 enero y 2 y 4 junio 1994, también cits.

(25) Así, STSJ Cataluña de 30 junio 1993, cit., en relación con la hija contratada con la categoría de oficial de primera administrativo por la sociedad anónima de la que su padre, administrador único, es titular de la mayoría de las acciones y su hermana y ella misma, que ejerció, por apoderamiento de aquél, facultades de administración social, son titulares de las restantes. Para esta sentencia, tales datos contradicen “la exigencia de ajenidad que como requisito esencial se necesita para lucrar la prestación por desempleo no enervando tal excluyente conclusión *el hecho de que la actora no conviva con su padre*, pues ... ello

un menor valor en orden a desvirtuar la laboralidad del vínculo y se pone el acento en la falta de convivencia para terminar apreciando que existe una relación laboral por impedir esa falta entender que haya un fondo social y familiar común definido por los beneficios y pérdidas de la actividad empresarial y del que forme parte quien prestó los servicios. Semejante divergencia de criterio se ha resultado por el TS, en unificación de doctrina, en el segundo de los sentidos indicados, manifestándose que “una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar, cuando, además,... tampoco consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones, que pudiera, a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social, dar lugar a un patrimonio o fondo común, en el que ingresarán los frutos o resultados del trabajo prestado” (26).

Al margen de que haya o no convivencia y se participe o no en el capital social, si las labores pretendidamente laborales resultan ser de alta dirección (por ejemplo, las de gerente o director comercial) y se simultanean con las propias de la administración y representación de la sociedad (v. gr., las de presidente del consejo de administración o consejero delegado), la inexistencia de relación laboral se impone sin necesidad de entrar a examinar si existe trabajo familiar, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial según la cual, al no ser posible en nuestro ordenamiento valorar separadamente las funciones de alta dirección y las de administración, lo que determina la naturaleza de la relación es la posición del interesado “en la estructura orgánica del ente, de forma que si aquél forma parte del órgano de

no supone que no se deba ... acreditar la concurrencia de los presupuestos normativos de la ajenidad y dependencia”.

- (26) STS de 14 junio 1994 (AS 5435). Semejante manifestación, efectuada de forma apodíctica, no me parece apropiada para el razonamiento o fundamentación que cabe esperar de una sentencia de la naturaleza contemplada, que realiza una unificación de doctrina. Deniega la protección por desempleo basándose directamente en la sustancial coincidencia entre los hechos enjuiciados y los del caso examinado por el TS en la anterior sentencia, la STSJ Extremadura de 23 enero 1995 (AS 13: oficial administrativo de sociedad limitada que es titular del quince por ciento de sus participaciones y respecto al cual no se ha probado que conviva con su padre o hermano, propietarios, respectivamente, del cincuenta y uno y del treinta y cuatro por ciento de las restantes participaciones). Cfr. STSJ Andalucía (Málaga) de 31 marzo 1995 (AS 1031).

administración social, por así estar designado bien directamente por delegación interna, su relación no será laboral sino *mercantil*" (27).

Más complejo resulta, en cambio, dilucidar la naturaleza del vínculo y en qué medida el parentesco puede condicionar la misma cuando la participación familiar en la sociedad concurre con la de personas extrañas a la familia. Cabe reparar entonces en la intensidad que alcance la referida participación familiar (en si la misma es o no mayoritaria), así como en si la administración de la empresa recae en miembros de la familia totalmente, de forma principal o importante o marginalmente, o hasta si figura cerrada para éstos. Tomando como referencia tales parámetros, parece razonable considerar que no es trabajador dependiente y por cuenta ajena, ni sujeto protegido frente al desempleo, el inspector de ventas de una sociedad anónima, suscriptor de una de sus acciones y cuyo cónyuge, con el que convive, es accionista mayoritario y uno de los dos administradores solidarios de la misma, pues semejantes circunstancias evidencian que aquél "más bien compartía el interés por los frutos y riesgos de la empresa" (28). Por el contrario, si la participación de la familia en el capital social, aun elevada, no alcanza la mayoría ni la administración aparece asumida exclusiva o principalmente por miembros de aquélla, se tienen elementos de juicio para sostener la ruptura de la presunción de trabajo familiar y que los servicios prestados a la empresa por parientes (en alguno de los grados indicados en el art. 7º, núm. 2, LGSS) de los parcialmente titulares del capital social y partícipes en la administración admiten la calificación de laborales. Así se ha entendido en el caso del contratado como auxiliar administrativo por una sociedad anónima de la que su cónyuge, con el que convive, y un tercero son los administradores solidarios y propietarios, cada uno, de la mitad de las acciones (29). Este reparto de capital y administración por mitad entre

(27) STSJ Andalucía (Málaga) de 11 enero 1994, cit. En el caso de autos, quien pretendía las prestaciones por desempleo había ocupado simultáneamente, además del cargo de director gerente, los de vocal del consejo de administración y consejero delegado de una sociedad anónima constituida por su cónyuge y seis de sus hijos, cinco de ellos asistidos por sus padres, por ser menores de edad. Dicho cónyuge e hijos figuraban como suscriptores de la totalidad de las acciones. Hechos similares e igual solución en la también STSJ Andalucía (Sevilla) de 16 junio 1993 (AS 3101). Sobre la doctrina jurisprudencial indicada vid. infra, apartado III, 3.

(28) STSJ Cataluña de 3 junio 1993 (AS 2957).

(29) STSJ Madrid de 6 junio 1994 (AS 2708). Apunta la misma que la subordinación o dependencia debe verse en relación con la posición que corresponde al referido tercero

familiares y extraños a la familia puede tomarse como barrera rebasada la cual una menor participación de los primeros o de los segundos inclina la solución, respectivamente, a favor o no de la calificación de la relación como laboral. A partir de ahí, cuanto más se reduzca la presencia familiar en el control de la sociedad/empresa más evidente se presentará la naturaleza laboral de los servicios prestados. Con tal criterio, resulta excesivo denegar la condición de trabajador dependiente y por cuenta ajena y la protección por desempleo al gerente de una sociedad anónima de la que su cónyuge, con el que convive, posee la titularidad del treinta por ciento del capital social, es consejero delegado y ejerce, junto con otro socio mayoritario sin relación con la familia, las facultades propias de la administración social (30).

Tratándose de servicios prestados por el cónyuge, constituyen circunstancias particularmente relevantes para determinar el posible juego de la presunción de trabajo familiar: 1) el que el régimen económico del matrimonio sea de separación de bienes o de gananciales; mientras que el primero tiene un especial significado en orden a desvirtuar aquella presunción tanto si los servicios se han prestado para una sociedad (31) como para un empresario individual o persona física (32), el de gananciales, que se presume si no consta lo contrario (33), favorece siempre su aplicación en la medida en que por mor del mismo el cónyuge formalmente ligado por un nexo laboral también hace suyos los beneficios de la empresa (34). Y 2), que no medie separación de hecho o de derecho (35).

En cualquier caso, la discusión sobre la existencia de un trabajo familiar o de un contrato de trabajo no siempre podrá tener lugar en el pleito

respecto al capital y la administración de la sociedad. Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 24 mayo 1994 (AS 2210).

(30) STSJ Cataluña de 16 mayo 1994, cit.

(31) Cfr. stcias. Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 10 marzo (Málaga) y 22 junio (Sevilla) 1994 (la primera en AS 1101; la segunda ya cit.).

(32) Cfr. stcias. Tribunales Superiores de Justicia de Aragón de 19 enero 1994 (AS 30) y de Andalucía (Sevilla) de 25 junio 1993 (AS 3111: adquisición para la sociedad de gananciales de un negocio que se lleva conjuntamente por ambos cónyuges, pretendiendo uno de ellos ser considerado trabajador dependiente y por cuenta ajena y beneficiario de la protección por desempleo y figurando el otro "como titular de actividad empresarial en el impuesto de licencia fiscal" y en alta en el régimen especial de trabajadores autónomos).

(33) Cfr. art. 1316 C.c.

(34) Cfr. STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 junio 1994, cit.

(35) Cfr. STSJ Castilla y León (Burgos) de 25 abril 1994 (AS 1371).

en donde se pretende el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo. En efecto, tal discusión no es pertinente si con anterioridad, con ocasión del enjuiciamiento de otras cuestiones relacionadas con los servicios prestados, se admitió la laboralidad de los mismos. Así sucede, por ejemplo, cuando la referida pretensión aparece precedida de una sentencia firme dando por sentado que los servicios eran laborales y declarando que el cese de quien los realizaba es constitutivo de un despido improcedente y hasta procedente (v. gr., por suficiencia de la causa "objetiva" en que se haya basado la extinción; art. 52 TRET); o de una resolución administrativa que no cuestionó la laboralidad del vínculo y que autorizó la extinción por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 51 TRET). Como tuvo oportunidad de manifestar el TS, resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina, en la segunda de las indicadas situaciones "no cabe que, con posterioridad, el INEM deniegue la prestación [por desempleo] cuando el trabajador la solicita, en base a la presunción establecida en el artículo 1.3.e) del ET, que excluye del ámbito laboral los trabajos familiares, considerando que la presunción *iuris tantum* establecida no ha sido destruida, por cuanto *se trata de una cuestión ya resuelta*" por la resolución administrativa autorizante de la extinción (36).

Aquel que intente hacer valer la presunción de trabajo familiar ha de probar la presencia de los elementos que la definen. Por otra parte, a la hora de practicar los actos de afiliación y alta de familiares del empresario, la Tesorería General de la Seguridad Social debe mostrarse especialmente diligente en orden a comprobar que la inclusión de éstos como trabajadores por cuenta ajena, si se pretende, sea correcta. En tal sentido, dispone el art. 40, núm. 1, Real Decreto 84/1996, de 26 enero, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, que las solicitudes de afiliación y alta como trabajadores por cuenta ajena correspondientes a tales familiares se acompañará de "una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena en la actividad que dé lugar al encuadramiento en el correspondiente régimen, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario

(36) Sentencia de 19 octubre 1994 (Ar. 8060).

del mismo y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto, pudiendo requerirse por la Dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en su caso, informe de la Inspección de trabajo y seguridad social”.

2. Socios de empresas

La expresión “socios de empresas” se toma aquí con la amplitud necesaria para incluir tanto a los que lo son de sociedades mercantiles (anónimas y anónimas laborales, limitadas, comanditarias) como civiles. La respuesta a la cuestión de si los mismos entran en la categoría de sujetos protegidos frente al desempleo en razón a los servicios prestados para la sociedad de la que forman parte no es en absoluto fácil, por la variación de las circunstancias de unos casos a otros, de modo que sólo cabe formular una solución segura respecto a los socios de las cooperativas de trabajo asociado y, acaso también, los socios industriales (art. 1665 C.c.; art. 116 Cód. comercio), pues, aunque prestan su actividad para la empresa en virtud de un contrato de sociedad, igual que los primeros (37), en cambio, carecen de una norma asimilándolos a los trabajadores por cuenta ajena y reconociéndoles la posibilidad de disfrutar de las prestaciones por desempleo al causar baja en la sociedad. En los restantes supuestos, sobre los que versa el siguiente apartado, la solución es necesariamente casuística, siendo decisivo reparar en la posición que ocupó el sujeto en relación con la administración y dirección de la empresa, en la mayor o menor participación que se haya tenido en el capital de ésta y en el tipo de actividad pretendidamente laboral que se hubiese prestado en ella. La adecuada valoración de tales parámetros permitirá establecer con ciertas garantías de acierto si puede reconocerse a un socio la condición de trabajador dependiente y por cuenta ajena a efectos de causar derecho a la protección por desempleo y por encima de los aspectos formales o externos de la laboralidad de una relación (documento contractual, recibos salariales, alta como trabajador por cuenta ajena).

(37) Cfr. STS de 19 mayo 1987 (Ar. 3734).

A) Sobre la posible compatibilidad de las cualidades de socio y de trabajador

En principio, la condición de socio no es radicalmente incompatible con la posibilidad de que la prestación de servicios para la empresa/persona jurídica en que se ostente aquélla sea constitutiva de una verdadera relación laboral; pero, para ello, es preciso que la separación entre la persona jurídica a la que se atribuyen los frutos de la prestación y la persona física del socio no sea meramente formal y que la dirección de esa prestación quede claramente reservada a otros (38), que son los que han de asumir la decisión de contratar laboralmente a dicho socio (39) y, en su caso, de extinguir la relación. De lo contrario, la actividad ha de considerarse prestada por cuenta propia y el cese en ella no permitirá que quien la realizaba sea tenido por sujeto protegido frente al desempleo, por mucho que la inclusión de aquél en la seguridad social se haya efectuado en un régimen que proteja la referida contingencia y se hubiese cotizado por la misma (40).

Sólo una vez que las circunstancias concurrentes evidencien que la actividad se desarrolló en las condiciones que definen la dependencia y

-
- (38) En términos de la STSJ Cantabria de 24 enero 1995 (AS 204), se necesita que se dé "la efectiva existencia de una potestad rectora empresarial distinta" del socio "e independiente de su voluntad [que] autorice a afirmar la ajenidad inherente a la naturaleza de la relación laboral". En el mismo sentido, stcias. de igual Tribunal de 16 febrero 1994 (AS 532: "es posible la dualidad de las condiciones de socio y trabajador por cuenta ajena, siempre que se justifique [que] concurren las circunstancias precisas, en conformidad con el art. 1.1 del Estatuto de los trabajadores: trabajo personal, prestado voluntariamente y remunerado ... y ajenidad, es decir, desempeño en el ámbito de organización y dirección de otro") y 25 abril 1995 (AS 1541).
- (39) Sobre la imposibilidad de apreciar la laboralidad de los servicios y de reconocer la condición de sujeto protegido frente al desempleo a quien los prestó, de darse la presencia de una autocontratación, STSJ País Vasco de 20 mayo 1994 (AS 2297), para la que cabría apreciar que media tal autocontratación cuando "no sean dos o más voliciones independizadas y libres las que convergen en la perfección del acuerdo cuya eficacia se discute". También STSJ Extremadura de 23 septiembre 1993 (AS 4085), relativa a un caso de suscripción del pretendido contrato de trabajo y sus prórrogas "por el propio actor como representante de la empresa y como trabajador".
- (40) Si el carácter extralaboral de los servicios es razonablemente susceptible de ser cuestionado, el reintegro de las prestaciones por desempleo que se hubiesen percibido indebidamente, pero de buena fe, se limitará a las abonadas a partir de los tres meses anteriores a la reclamación que sobre el particular haya formulado la entidad gestora (STSJ Cantabria de 24 enero 1995, cit.). Cfr. art. 45, núm. 1, en conexión con el 43, también núm. 1, LGSS.

ajenidad cabe admitir la doble condición de socio y sujeto de un contrato de trabajo. Se comprende entonces la importancia que tiene el indagar y fijar en qué medida el socio puede o no condicionar con su voluntad la toma de las decisiones sociales, lo que requiere acudir a los parámetros antes señalados, por su idoneidad para afrontar con acierto la cuestión. Al respecto, se admite que debe apreciarse la influencia principal del socio en la formación de la voluntad social, incompatible con el carácter laboral de los servicios que pudiera haber prestado para la sociedad, cuando su participación en el capital de ésta hacía imposible o muy difícil la toma o efectividad de las decisiones sin contar con su acuerdo y/o el mismo interviene en la administración con amplios poderes de gestión en relación con el negocio (41). En ocasiones, puede ser suficiente con atender sólo al primero de esos datos para deducir la inexistencia de dependencia y ajenidad y, por lo tanto, de relación laboral, como sucede cuando se tiene más de la mitad de las acciones o participaciones, la mitad exacta (42) o, incluso, un poco menos y ninguno de los restantes socios posee una participación superior (43). Es más, la exclusiva atención al grado de participación en el capital se impone siempre que el socio no haya desempeñado facultades de administración (44). En

(41) El criterio es traído a colación con frecuencia por los Tribunales laborales, manifestándose, por ejemplo, que ha de rechazarse el carácter laboral de los servicios sólo cuando el trabajador y socio “tiene facultades de decisión en la sociedad, ya por poseer una participación social directa o indirecta que permite que su criterio condicione la adopción de acuerdos, ya por ejercer actividades de administración determinantes de la expresión de la voluntad social” [STSJ Andalucía (Granada) de 18 enero 1994; AS 286].

(42) Así, STSJ Andalucía (Málaga) de 29 mayo 1995 (AS 2115), rechazando que el recurrente hubiera sido trabajador por cuenta ajena y tenga derecho a la prestación por desempleo solicitada “ya que era titular de la mitad de las acciones de la empresa en la que supuestamente había prestado servicios y en la que alega haber cesado por despido”. Prosigue razonando la sentencia que es “incompatible esa condición de propietario de la mitad del capital social de la empresa con la realización de un trabajo por cuenta ajena para la misma”, debiéndose ver en los servicios prestados “una actuación en propio interés y beneficio del partícipe, pese a la distinta personalidad jurídica que entraña la existencia de una sociedad legalmente constituida”. Vid., asimismo, STSJ Baleares de 2 abril 1993 (AS 2021).

(43) Un supuesto de esta naturaleza en STSJ Cataluña de 10 febrero 1994 (AS 548). Se rechaza en ella que puedan considerarse sujetos a una relación laboral los servicios prestados para una sociedad limitada por uno de sus tres socios, propietarios, igual que otro de éstos, del cuarenta y cinco por ciento de las participaciones. Para la Sala, “la elevada participación que ostentaba [aquél] sobre el capital de la sociedad ..., unida a la titularidad y reparto del restante entre tan sólo otras dos personas, le convertía en directo interesado en el devenir de la empresa, haciéndole partícipe de los frutos y riesgos de la misma” y privándole de la condición de trabajador por cuenta ajena.

(44) Cfr. STSJ Cataluña cit. nota anterior.

cualquier caso, para determinar dicho grado debe computarse, además de la participación propia, la del cónyuge, si el régimen matrimonial fuese el de gananciales (45). El control de la mayoría o de una parte importante del capital social convierte en puramente formal todo intento de separación entre la persona del socio y la personalidad jurídica de la empresa, no pudiéndose apreciar la existencia de intereses contrapuestos o distintos de aquél y de ésta en relación con los servicios que el primero pueda aportar para la sociedad, que es lo que permitiría establecer la posible ajenidad en la prestación de los mismos.

Ante una participación en el capital social que no denote su importante concentración en el que la ostenta y prestó servicios para la sociedad, se hace preciso, para determinar la naturaleza laboral de éstos, valorar la intervención del socio en la administración y dirección de la empresa. Según el resultado que arroje la indicada valoración, dos situaciones en las que se presente una participación en el capital igual o similar pueden merecer soluciones contrapuestas en cuanto a la sujeción del socio a una relación laboral (46); es más, siempre en función de aquel resultado, esa sujeción podría rechazarse en un supuesto de participación pequeña y admitirse, por el contrario, en otro de participación notoriamente superior (47).

La relevancia de las facultades de representación y gestión social constituye una circunstancia decisiva que se opone a la admisión de la naturaleza laboral de los servicios que pudieran haberse prestado para la sociedad, incluso cuando la participación en el capital de ésta es minoritaria

(45) Cfr. STSJ Castilla y León (Burgos) de 3 noviembre 1994 (AS 4219).

(46) Así, STSJ Andalucía (Granada) de 21 junio 1994 (AS 2323) y STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 junio 1995 (AS 2289). La primera rechazando la condición de trabajador y beneficiario de la protección por desempleo del socio titular del veinticinco por ciento de las participaciones de una sociedad limitada; la segunda admitiendo la referida condición en quien resulta ser titular del veinte por ciento de tales participaciones. También esta última solución, en el caso del socio titular del veinticinco por ciento de las acciones de una sociedad anónima, en STSJ Andalucía (Granada) de 18 enero 1994 y STSJ Cantabria de 16 febrero de igual año, *cits*.

(47) Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de las stcias. de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 20 diciembre 1994 (AS 4923) y Andalucía (Málaga) de 17 de igual mes y año (AS 4867), ambas relativas a socios de sociedades limitadas. Mientras que la primera rechaza que sea sujeto de una relación laboral el socio titular del seis y medio por ciento del capital, la segunda no duda en atribuir naturaleza laboral a los servicios prestados por el propietario del veinte por ciento de éste.

o muy pequeña. La comprobación de la indicada relevancia conduce, per se, a concluir que no cabe apreciar un vínculo laboral entre el socio y la sociedad; la situación contemplada es la propia del socio que haya desempeñado el cargo de administrador único (48), de administrador solidario o mancomunado, en unión con otra u otras personas (49), o hasta de apoderado con funciones inherentes a los administradores (50), así como del miembro del consejo de administración de una sociedad anónima (51), sobre todo si el mismo fue designado consejero delegado y actuó como tal (52). Sin embargo, no cabe pasar por alto la existencia de un considerable número de resoluciones judiciales manifestando que el hecho de formar parte del consejo u órgano de administración no supone necesariamente un grado de intervención en la gestión y representación sociales incompatible con cualquier posibilidad de que el socio realice servicios de carácter laboral para la sociedad, en virtud de los cuales pueda reconocerse la condición de beneficiario de las prestaciones por desempleo cuando cese en ellos. Siguiendo un criterio que no parece que concilie bien con los postulados que rigen en el ordenamiento mercantil, distinguen las aludidas resoluciones judiciales, a los efectos de fundamentar la eventual apreciación de una relación laboral, entre el mero

(48) STSJ Andalucía (Granada) de 21 junio 1994, cit., en relación con una sociedad limitada; STSJ Cataluña de 28 mayo 1993 (AS 2555), en relación con una sociedad anónima.

(49) STSJ Cantabria de 24 enero 1995, cit., stcias. TSJ Canarias (Las Palmas) de 20 diciembre, 15 noviembre y 8 abril 1994 (la primera ya cit.; las otras dos en AS 4449 y 1511, respectivamente), STSJ Castilla y León (Burgos) de 3 noviembre de igual año, también cit., y STSJ País Vasco de 6 septiembre 1993 (AS 4120), todas ellas relativas a socios de sociedades limitadas.

(50) STSJ Cataluña de 2 abril 1993 (AS 1802); en contra, STSJ Andalucía (Granada) de 13 octubre 1993 (AS 4318). Para la primera, no es trabajador dependiente y por cuenta ajena, ni beneficiario de las prestaciones por desempleo, el gerente de una sociedad anónima, propietario de un tercio de sus acciones y que recibió del administrador de la misma "poder amplio y tan bastante como en Derecho sea menester" para administrar y regir "los negocios a que se dedica la compañía ..., nombrar y despedir factores y empleados, señalar sus funciones y retribuciones", etc. En cambio, según la segunda, concurren aquellas condiciones en el propietario del veinticuatro por ciento de las participaciones de una sociedad limitada en la que desarrolló la actividad de director comercial y en cuyo acto de constitución fue apoderado para, en nombre y representación de la sociedad, ejercitar las facultades inherentes al órgano de administración, salvo las legalmente indelegables.

(51) STSJ País Vasco de 27 febrero 1995 (AS 525) y STSJ Cataluña de 11 junio 1993 (AS 2972).

(52) STSJ Extremadura de 16 junio 1995 (AS 2456), stcias. TSJ Castilla y León (Valladolid) de 24 enero 1995 (AS 97) y 27 septiembre 1994 (AS 3457), stcias. TSJ Comunidad valenciana de 20 septiembre 1994 (AS 3682) y 17 de igual mes de 1993 (AS 3930), stcias. TSJ Canarias (Las Palmas) de 28 enero 1994 (AS 191) y 27 abril 1993 (AS 2051) y STSJ Cataluña de 24 mayo de igual año (AS 2537).

vocal del consejo de administración, que desarrolla en él sólo una actividad de “deliberación y consejo” (53) y que puede también prestar servicios para la sociedad constitutivos de una relación laboral (54), incluso de alta dirección (55), y aquél que, además de ostentar la referida condición de vocal, asume y ejercita, por delegación del propio órgano de administración, funciones correspondientes a éste, que es la situación en la que se encuentra el consejero delegado (56). Para la posición que se comenta, es la última circunstancia descrita la que impediría considerar que otros posibles servicios prestados por el socio convierten al mismo en acreedor de la condición de trabajador por cuenta ajena. En suma, se trata de decidir la existencia o no de una relación laboral mediante la sustitución de un criterio, rígido y formal, que únicamente repara en si se forma o no parte del órgano de administración, por otro, evidentemente mucho más flexible, que atiende a la medida de la participación real del socio en el ejercicio de las funciones que a dicho órgano encomienda la legislación mercantil, admitiéndose que la delegación de tales funciones en los términos permitidos por la ley y los estatutos es hábil, en el plano del ordenamiento laboral, para situar al socio en una posición suficientemente alejada de la representación y gestión de la sociedad como para permitir que pueda ser también parte de un contrato de trabajo concertado con ella.

Cuando, aparte de no participarse mayoritariamente en el capital social, tampoco se ha formado parte del órgano (unipersonal o colegiado) de administración de la sociedad, ni se ha recibido delegación de sus funciones (57), la posibilidad de prestar servicios para ésta en virtud de un vínculo de

(53) STSJ Cantabria de 25 abril 1995, cit.

(54) Ibidem. Admiten asimismo la dualidad de trabajador y vocal del consejo de administración la STSJ País Vasco de 20 mayo 1994, cit., STSJ Baleares de 6 abril de igual año (AS 1349) y STSJ Galicia de 5 octubre 1993 (AS 4242). Según esta última, “el hecho de haber sido el demandante socio fundador de la sociedad y vocal del consejo de administración ... no destruye, per se, la naturaleza laboral del vínculo jurídico”.

(55) STSJ Andalucía (Sevilla) de 30 marzo 1994 (AS 1348). En el caso de autos, se reconoce la condición de trabajador por cuenta ajena, sujeto a una relación especial, y beneficiario de las prestaciones por desempleo a quien cesó, en virtud de expediente de regulación de empleo, en la prestación de servicios como director de una empresa constituida como sociedad anónima, tenía sólo la titularidad de “un porcentaje de acciones [de ella] poco significativo” y fue simple vocal de su consejo de administración, “sin ostentar la representación ... ni haber tenido delegadas las funciones” del mismo.

(56) Cfr. arts. 77 y 78 LSA.

(57) Conforme el art. 77, párrafo primero, LSA el consejo de administración puede conferir apoderamiento “a cualquier persona”.

naturaleza laboral y de ser beneficiario de la protección por desempleo al extinguirse ese vínculo no ofrece duda, pudiendo ser constitutivos aquéllos tanto de una relación común u ordinaria (58) como especial de alta dirección (59). Téngase en cuenta que cabe que el secretario del mencionado órgano sea un socio extraño al mismo que carezca de poderes de dirección y de representación social y que ciña su actividad, como tal secretario, al levantamiento de actas, custodia de libros y expedición de certificaciones, en cuyo caso no habría obstáculo para afirmar, siempre bajo el presupuesto de que su participación en el capital social no sea importante, que no pueda también desarrollar otras tareas con sujeción a un contrato de trabajo (60). Por lo demás, si se hubiera sido administrador o miembro del consejo de administración y se hubiese cesado en el cargo, a partir de ese cese es cuando surge la posibilidad de considerar al afectado como trabajador dependiente y por cuenta ajena (61).

(58) Así, entre otras muchas, stcias. TSJ Andalucía de 18 enero 1994 (Granada: "la circunstancia de que el actor sea poseedor del 25% del capital social de la sociedad anónima en la que trabajaba no es un factor determinante, ni siquiera por vía presuncional, de que su relación con ella, por falta de ajenidad, no tuviese el carácter de laboral, más aun cuando *consta que no ostentaba ... la cualidad de administrador*"), 12 enero 1995 (Sevilla. AS 215: es trabajador por cuenta ajena y beneficiario de las prestaciones por desempleo el socio suscriptor de la tercera parte de las acciones y que prestó servicios en la sociedad como "encargado general", toda vez que, entre otras circunstancias, no aparece "que influyese en la formación de la voluntad social porque tuviese un número mayoritario de acciones", ni "que tomase decisiones relevantes porque ostentase la cualidad de administrador") y 10 mayo de igual año (Granada; AS 2073), stcias. TSJ Castilla y León (Burgos) de 25 abril 1994 (AS 1368: servicios prestados como "calefactor" por el socio de una empresa, sociedad limitada, dedicada a instalaciones de gas) y 8 junio 1995, cit., STSJ País Vasco de 21 junio 1994 (AS 2680: socio titular del treinta y tres por ciento del capital social de una sociedad anónima en la que prestó servicios como oficial de primera electrónico. La participación de aquél "no llega al 50% necesario para que su voluntad sea determinante de las decisiones de la sociedad" y, además, el mismo "no forma parte ... de los órganos de gestión y administración, trabajando, por contra, dentro de una organización que no controla") y STSJ Murcia de 28 abril 1993 (AS 2127).

(59) STSJ Cantabria de 16 febrero 1994, cit.: "tratándose de [un] trabajador que desempeña labores gerenciales o de alta dirección y no participa en los órganos sociales ni tampoco significativamente en el capital social, ha de conceptuársele como trabajador por cuenta ajena porque, aunque calificable su relación como especial ..., sus quehaceres se enmarcan en el ámbito de organización y dirección de la empresa". También STSJ Galicia de 24 enero 1995 (AS 150).

(60) Cfr. STSJ Andalucía (Málaga) de 3 junio 1994 (AS 2336).

(61) Cfr. sticas. TSJ Andalucía de 17 diciembre 1994 (Málaga) y 10 mayo 1995 (Granada), cits., y STSJ Cataluña de 16 marzo 1994 (AS 1277).

Los criterios que se vienen manejando son igualmente aplicables a los socios de sociedades anónimas laborales, en relación con la apreciación del vínculo laboral que, por imperativo legal, deben mantener algunos de ellos (62). También por imperativo legal, ninguno de esos socios trabajadores podrá tener la titularidad de acciones que representen más del veinticinco por ciento del capital social (63), por lo que, no dándose una participación mayoritaria o dominante en éste, se presenta decisiva la atención al grado de intervención en la gestión y representación sociales. Al igual que en el caso de las sociedades anónimas, se ha concluido que una intervención en el consejo de administración de la sociedad anónima laboral que aparezca limitada a la mera "deliberación y consejo", sin haberse ostentado por delegación facultades del mismo, no desvirtúa la naturaleza laboral de los servicios ni impide al socio que los haya prestado ser beneficiario de la protección por desempleo (64). Sin embargo, en alguna ocasión se va más lejos y se admite que tampoco se opone a la expresada naturaleza el que los servicios se presenten realizados simultáneamente con el ejercicio del cargo de consejero delegado o de administrador sí, a consecuencia de la pequeña dimensión de la sociedad, todos sus socios trabajadores, que resultan ser las únicas personas que desarrollan actividades para ella, ostentan también facultades de disposición y dirección del negocio, distribuyéndose las entre sí (65).

En principio, los miembros de asociaciones y sindicatos pueden también mantener con la entidad a la que pertenezcan una relación de

(62) De acuerdo con el art. 1º LSAL, pueden configurarse como sociedades anónimas laborales "las sociedades anónimas en las que al menos el 51 por 100 del capital social pertenezca a los trabajadores que presten en ella sus servicios retribuidos en forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido y en jornada completa".

(63) Art. 5º, párrafo segundo, LSAL.

(64) Con rotundidad, STSJ Madrid de 30 marzo 1995 (AS 1315).

(65) Así, STSJ Murcia de 15 mayo 1995 (AS 2087). Según la misma, el hecho de que en la escritura de constitución de la sociedad anónima laboral sus tres socios trabajadores se distribuyan los cargos de administración y representación de ella "es una consecuencia de la limitación del número de socios, pero en ningún caso permite concluir que su actividad para la SAL se haya limitado al ejercicio de las funciones que son inherentes a tales cargos", toda vez que consta que "los tres se dedicaban, en régimen de igualdad, a llevar a cabo los trabajos de reparación y venta de neumáticos que constituía el objeto social". El razonamiento anterior conduce al Tribunal a rechazar que quepa negar a aquéllos la condición de trabajadores por cuenta ajena a efectos de poder acceder al disfrute de las prestaciones por desempleo.

servicios de naturaleza laboral; sin embargo, esta naturaleza debe rechazarse cuando las amplias facultades de representación de la entidad ejercitadas por el miembro permiten apreciar un supuesto de autocontratación (66).

Respecto a la pertinencia de discutir la laboralidad de los servicios prestados por el socio en el proceso en donde se pretende el derecho al disfrute de las prestaciones por desempleo, debe hacerse igual observación que la efectuada a propósito de los trabajadores familiares (supra apartado III, 1): no parece admisible tal discusión cuando la indicada laboralidad se aceptó previamente, al resolverse cualquier otra cuestión relacionada con aquellos servicios, como sucede, señaladamente, cuando el socio pretende ser reconocido como beneficiario de la protección por desempleo a raíz de haberse autorizado por la administración laboral su inclusión en un expediente de regulación de empleo (67).

B) El caso de los socios de cooperativas

Tras un amplio período durante el que se admitió que los socios trabajadores de las cooperativas de producción pudieran disfrutar de las prestaciones por desempleo (68), la promulgación y entrada en vigor de la LBE supuso el cierre de esa posibilidad, al limitar la condición de sujetos beneficiarios a los trabajadores por cuenta ajena (art. 16) y no hacer ninguna previsión expresa acerca de la eventual inclusión de los asimilados legalmente a ellos, que era la situación en que se encontraban, entre otros, los socios trabajadores de las *cooperativas de trabajo asociado*. La exclusión de los mismos se producía, curiosamente, a pesar de que estaban obligados a cotizar por desempleo en los casos en que hubiesen optado por causar alta, como tales asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en el régimen general o en

(66) Cfr. STSJ Madrid de 28 junio 1993 (AS 3187).

(67) Un supuesto de esta naturaleza, resuelto en el sentido indicado, en STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 abril 1995 (AS 1387).

(68) Así resultaba de la relación entre la atribución a los mismos de la condición de asimilados a trabajadores por cuenta ajena, "en cuanto a la seguridad social se refiere", efectuada por el Decreto 2566/1971, de 13 agosto (art. 1º), y continuada por la Ley 52/1974, de 19 diciembre, general de cooperativas. [48, núm. 4, a)], y la Orden de 5 mayo 1967, que incluía entre los beneficiarios de las referidas prestaciones a quienes tuviesen la expresada condición.

alguno de los regímenes especiales del sistema de la seguridad social (69). La voluntad de poner fin a semejante estado de cosas (70) llevó a la promulgación del Real Decreto 1043/1985, de 19 junio, el cual, dictado en uso de la autorización concedida al Gobierno por el art. 3º, núm. 4, LPD (71), dispone que “los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, incluidos en el régimen general de la seguridad social o en alguno de los regímenes especiales que protegen la contingencia de desempleo, ... *tendrán derecho a las prestaciones por desempleo*” (72). Se pretende con ello, según precisa el preámbulo del citado Real Decreto, dar respuesta a “la injusticia material que se produciría si por deficiencias imputables al propio sistema, personas obligatoriamente incluidas en el mismo, y a las que se impone una cotización obligatoria por desempleo, no tuvieran acceso a la efectiva protección legal al perder sus puestos de trabajo”.

Aunque la norma reglamentaria se refiere exclusivamente a la protección por desempleo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, se ha entendido por alguna resolución judicial que tal protección “indudablemente debe abarcar también, por evidentes razones de analogía y equidad, a todos los socios trabajadores de cooperativas” (73), aunque éstas no sean de trabajo asociado (74).

(69) Cfr. art. 48, núm. 4, a), de la anterior Ley general de cooperativas y disposición adicional cuarta de la vigente.

(70) Una crítica del mismo en A.V. SEMPERE NAVARRO: *La nueva regulación del desempleo: la ley 31/1984 y su reglamento*, en “Documentación laboral”, 1985, núm. 15, pág. 110.

(71) De acuerdo con dicho precepto, el Gobierno podía “ampliar la cobertura de la contingencia de desempleo a otros colectivos”, en las condiciones que se determinasen “reglamentariamente”. Cfr. disposición final quinta, núm. 1, LGSS.

(72) Sobre los supuestos que a estos efectos se consideran determinantes de la situación legal de desempleo, vid. art. 2º Real Decreto 1043/1985 y art. 1º Real Decreto 42/1996, de 19 enero, este último incluyendo entre los referidos supuestos al cese temporal y a la reducción temporal de jornada que afecten a los socios trabajadores “por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, debidamente acreditadas”. En la doctrina, C. VIQUEIRA PEREZ: *La prestación por desempleo (el régimen jurídico de la protección en el nivel contributivo)*, Tirant lo blanch (Valencia, 1990), págs. 216 y sigs.

(73) STSJ Andalucía (Málaga) de 7 mayo 1993 (AS 2283). La afirmación se hace en relación con los servicios prestados por un socio de una cooperativa agraria (cfr. arts. 116, núm. 1, 133 y 134 LGC).

(74) Se está ante los que el art. 30 LGC denomina “socios de trabajo”, definidos como aquellas personas físicas “cuya actividad cooperativizada consistirá en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa”. Tales socios pueden existir, de preverse en los correspondientes estatutos, “en las sociedades cooperativas de primer grado que no sean de trabajo asociado”.

3. Altos cargos y administradores de sociedades

La determinación de si una de las personas ahora consideradas puede ser beneficiaria de las prestaciones por desempleo exige reparar en el conjunto de las actividades que desarrolle en la empresa, pues puede suceder que las mismas no se ciñan a las que configuran un puesto de alta dirección o de administrador o miembro del consejo de administración de la sociedad, de modo que cabe la realización simultánea de funciones de uno y otro puesto, así como de administrador o consejero y constitutivas de una relación laboral común u ordinaria.

Cuando los cometidos desarrollados no exceden de los propios de los altos cargos (75), como son, entre otros, el director general y el gerente de la empresa (76), quien los realice queda sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección y, en consecuencia, entre en la categoría de personas a las que el art. 205, núm. 1, LGSS extiende la cobertura frente a la contingencia de desempleo (77). No existiendo ningún precepto que se oponga a la anterior conclusión, aquél puede disfrutar de las correspondientes prestaciones si reúne las condiciones que para ello señala la LGSS (78), con independencia de que su vínculo contractual hubiese sido por tiempo indefinido o de duración determinada (79). El período de cotización cubierto durante el tiempo que se haya trabajado como puro alto cargo es siempre

o de explotación comunitaria de la tierra, y en las de segundo o ulterior grado". De acuerdo con la disposición adicional cuarta, núm. 4, LGC, los mismos, "a efectos de seguridad social, serán, en todo caso, asimilados a trabajadores por cuenta ajena".

- (75) Cfr. art. 1º, núm. 2, Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección.
- (76) También el director de un periódico (STSJ Madrid de 30 mayo 1994; AS 2019). Sobre el director de hotel vid. J. GARATE CASTRO: *Sobre la exclusión de los directores de establecimientos hoteleros del campo de aplicación de la legislación laboral*, "Relaciones laborales", 1985, T. II.
- (77) Sobre el acceso de los altos cargos a la mencionada cobertura, vid. P. GETE CASTRILLO: *La protección por desempleo del personal de alta dirección. Algunas consideraciones sobre aspectos problemáticos*, "Relaciones laborales", 1987, T. II.
- (78) Cfr. stcias. TSJ Madrid de 20 julio 1993 y 30 mayo 1994 (la primera en AS 3712; la segunda ya cit.).
- (79) Un supuesto de alto cargo beneficiario de las prestaciones por desempleo tras la extinción del contrato por lanzamiento de nueva actividad que le vinculó a la empresa, en STSJ Madrid de 20 julio 1993, cit.

computable en el momento de establecer el posible derecho a la protección contemplada.

Tampoco ofrecen mayores problemas los casos en que, además de la realización de actividades de administrador o miembro del consejo de administración de una empresa constituida como sociedad, se prestan en ésta servicios de los que típicamente definen una relación laboral común y ordinaria; así como aquellos otros en que sólo se haya desarrollado el primer tipo de actividades, directamente o en virtud de apoderamiento conferido por los órganos rectores de la sociedad, el cual integra en los mismos, sino formalmente, sí funcionalmente, cualquiera que hubiese sido el nombre dado al cargo a través del que se hubiera articulado (director administrativo, gerente, director financiero, etc.). Mientras que en estos últimos no cabe admitir la presencia de beneficiarios de las prestaciones por desempleo (80), pues no hay trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino la relación extralaboral contemplada en el art. 1º, núm. 3, c), TRET, en los primeros se viene considerando que procede valorar separadamente ambas actividades y apreciar la existencia de dos relaciones de diferente naturaleza, quedando excluida del carácter laboral sólo la derivada de la actuación como consejero, administrador o apoderado general. Tal actuación es compatible con el mantenimiento de una relación laboral común u ordinaria con la sociedad, determinada por la realización de otros cometidos para ésta que no sean inherentes a aquélla (81).

(80) Vid., en relación con el *administrador único* de una sociedad anónima, STSJ Cataluña de 31 julio 1993 (AS 3605) y STSJ Canarias (Las Palmas) de 23 julio de igual año (AS 3467); para esta última, a efectos de la exclusión de la condición de trabajador por cuenta ajena y beneficiario de la protección por desempleo de dicho administrador único es intrascendente que el mismo hubiese dejado de ser socio de la empresa por haber transmitido sus acciones. En relación con los *apoderados*, stcias. TSJ Cataluña de 20 abril 1995 (AS 1589: gerente que, por apoderamiento del administrador único de la sociedad, se limitaba "a ejercer las funciones o papel propio de tal, ... de modo que venía a estar funcional, aunque no formalmente, integrado en el órgano de administración de la compañía"), 8 marzo 1994 (AS 1248: apoderado que en calidad de tal "decidía y actuaba como empleador", en virtud de los poderes omnímodos recibidos de la administradora única y representante de la sociedad, "a fin de administrar y regir" los negocios de ésta) y 6 septiembre 1993 (AS 3812: apoderado por la junta general de una sociedad limitada para ejercer las facultades atribuidas a los administradores en los estatutos sociales, salvo las legalmente indelegables).

(81) Así, STS de 11 mayo 1995 (Ar. 3768), estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Cataluña de 15 junio 1994, que mantuvo el criterio contrario en relación con un "directivo de gestión sectorial" y miembro del consejo

Por lo que respecta a los supuestos en que aparece el ejercicio simultáneo de funciones de alta dirección y de administración y representación de la sociedad, la solución es compleja y está supeditada a si cabe apreciar que el puesto de alta dirección ocupado es, en realidad, una mera prolongación del de administrador o miembro del consejo de administración, hasta el punto de confundirse las posiciones ostentadas en virtud de uno y otro de forma tal que parece que a través del primero no se ejercitan sino las facultades de administración y representación de la empresa que comporta el segundo, desarrollándose las mismas sin sujeción a los criterios o instrucciones del órgano de administración (unipersonal o colegiado). De darse la situación descrita, lo que en otras circunstancias constituiría una relación laboral especial de alta dirección formaría parte del contenido de la relación mercantil configurada por la posición en el órgano de administración. Esta relación extralaboral sería la única que cabría apreciar y, por consiguiente, habría que entender que la totalidad de los cometidos se desarrollaron en virtud de ella y que el cese en los mismos no convierte en beneficiario de la protección por desempleo al afectado. El caso más claro es aquel en el que quien se presenta formalmente como alto cargo resulta ser el administrador único de la sociedad, habiéndose manifestado que se esfuma entonces la nota de la dependencia, pues tal aparente alto cargo “no tiene a quien subordinarse, sino a él mismo como administrador social” (82). Igualmente, se ha rechazado que quepa apreciar la existencia de una relación laboral cuando la designación para el puesto pretendidamente de alta dirección es simplemente instrumental respecto al desarrollo de las funciones de gestión y representación ostentadas como consejero delegado (83), miembro

de administración de la empresa. Para el TS, la realización de esa actividad directiva es constitutiva de una “relación laboral de régimen común”, por ceñirse “a la producción específica de la empresa en una circunscripción determinada”. Apunta también la indicada compatibilidad la STSJ Cataluña de 17 enero 1995 (AS 271).

(82) STSJ Canarias (Las Palmas) de 25 mayo 1995 (AS 2068), en relación con el administrador único que figura contratado como “director gerente”. Para el Tribunal, en la situación enjuiciada “la relación laboral especial se subsume en la societaria”; queda “absorbida por el cargo social”. Igual orientación, en relación con quien compatibilizó los puestos de administrador único y “gerente”, en STSJ Castilla y León (Burgos) de 28 junio 1994 (AS 2370) y STSJ Comunidad valenciana de 26 abril de igual año (AS 1709). En contra, con razonamiento pobre, también en un caso de administrador único y gerente, STSJ País Vasco de 24 enero 1994 (AS 73); influye en la decisión de la Sala de admitir la separación de las actividades de administrador y de alto cargo el reparar en que la “condición de administrador único pudiera ser revocada por los socios”.

(83) Cfr. STSJ Cataluña de 17 enero 1995, cit.

del consejo de administración (84) o apoderado (85) y encomendadas para su realización sin sujeción a las directrices del órgano de administración que las haya confiado.

En los supuestos últimamente contemplados no se han prestado más servicios que los propios de los administradores sociales, por lo que en modo alguno puede extrañar que se afirme que no hay en ellos trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, cabe que los estatutos de la sociedad configuren puestos directivos diferenciados de los que corresponden a los órganos de administración y que impliquen el ejercicio de facultades de gestión y representación subordinadas a los criterios e instrucciones que impartan éstos. Si así fuese, el formar parte del órgano de administración no impediría, al menos si el mismo reviste la forma de consejo de administración, que la designación para cubrir alguno de aquéllos pueda ser determinante del nacimiento de una relación laboral especial de alta dirección que permita conceder al designado la cobertura frente a la contingencia de desempleo (86).

(84) Cfr. STSJ Cataluña de 22 septiembre 1993 (AS 3849).

(85) Cfr. STSJ Cataluña de 13 julio 1993 (AS 3565).

(86) Así, entre otras, stcias. TSJ Cataluña de 11 junio y 13 julio 1993 (AS 2975 y 3564. La primera relativa al desempeño de los puestos de *director general* y miembro del consejo de administración; la segunda al de los de *director financiero* y, de nuevo, miembro del consejo de administración) y STSJ Andalucía (Málaga) de 21 abril 1995 (AS 1490: *gerente* y miembro del consejo de administración).