

# LAGUNA LEGAL EN EL ENCUADRAMIENTO DEL SOCIO TRABAJADOR DE LA SOCIEDAD LABORAL A PARTIR DE LA REFUNDICIÓN DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2015, DE 30 DE OCTUBRE

**Manuel Flores Méndez**

Abogado especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y en Derecho Administrativo

Máster en Asesoramiento Jurídico Empresarial

## RESUMEN

En España (tras la refundición de la Ley General de la Seguridad Social en 2015) se suscita un problema en la protección social de quienes son socios trabajadores y, a la vez, administradores de una Sociedad Laboral con funciones de dirección y gerencia y retribuciones por relación laboral común. Los citados socios se encontraban –según los textos a refundir– pacíficamente encuadrados en el Régimen General. No obstante, a tenor del nuevo Texto Refundido, han pasado –sin motivo aparente– a quedar fuera, no ya de dicho Régimen General, sino del nivel contributivo de la Seguridad Social en su conjunto. La solución dada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social consiste en inaplicar los términos vigentes de la LGSS, reemplazándolos de manera informal por criterios administrativos, incluso entrando en juego potestades sancionadoras. Ello no parece acorde a la Constitución, máxime cuando, en virtud de la propia Carta Magna, existen otros remedios.

**PALABRAS CLAVE:** Socio trabajador, Sociedad Laboral, Seguridad Social, Régimen General, RETA, encuadramiento, laguna, legalidad.

CLAVES ECONLIT: H55, J54, K10, K30, K31.

## **LEGAL GAP ABOUT HOW TO FRAME WORKING PARTNERS OF LABOR-OWNED FIRMS AFTER THE RECASTING OF THE GENERAL LAW ON SOCIAL SECURITY BY THE ROYAL LEGISLATIVE DECREE 1/2015, OCTOBER 30**

### **ABSTRACT**

In Spain (after the recasting of the General Law on Social Security in 2015) there is a problem with the social protection of the workers and, at the same time, administrator partners of Labor-Owned Firm with management functions and remuneration for a common labor relationship. These people were, according to the acts to recast, peacefully framed in the General Regime. However, according to the new Consolidated Text, they remain outside –for no apparent reason–, not of the General Regime, but of the contributory level of Social Security as a whole. The solution given by the General Directorate for the Management of Social Security is no-apply the current terms of the GLSS, replacing them by informal criteria of that agency of the Public Administration, even when sanctioning powers are involved. This does not seem to accord with the Spanish Constitution, especially when, according to that Constitution, other remedies are available.

**KEY WORDS:** Working partner, Labor-Owned Firm, Social Security, General Regime, self-employed worker, framing, legal gap, rule of law.

## SUMARIO

I. Conceptos básicos: campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y encuadramiento de los sujetos protegidos en distintos regímenes. II. El encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales según la vigente LGSS. III. Laguna legal en el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales. IV. Consideraciones jurídicas al respecto de los criterios de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para solventar la laguna legal en el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales. Riesgo de quebranto del principio de legalidad. V. Análisis de posibles remedios, más allá de la reforma de la Ley General de la Seguridad Social.

### I. Conceptos básicos: campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y encuadramiento de los sujetos protegidos en distintos regímenes

El “campo de aplicación” a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), identifica al conjunto de personas que quedan comprendidas en el sistema español de Seguridad Social y que, por tanto, son sujetos de derechos y obligaciones. Se trata de quienes han venido denominándose “sujetos protegidos” por dicha Seguridad Social.

De entrada, el sistema de Seguridad Social de nuestro país –en virtud del principio de “universalidad subjetiva”– figura orientado hacia la protección todos los ciudadanos. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (CE), concordante con el artículo 1 de la LGSS. Sin embargo, tal afirmación ha de ser matizada, pues no basta con el atributo de ciudadanía para encontrarse cubierto por la Seguridad Social. Ésta, en realidad, otorga su protección *“bien por realizar una actividad profesional, bien por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva”* (artículo 2 de la LGSS). Así pues, interesa distinguir dos cauces conducentes a la salvaguarda conferida por la Seguridad Social<sup>1</sup>:

1. Ramírez Martínez, J.M. (dir.); García Ortega, J.; Goerlich Peset, J.M; Pérez de los Cobos Orihuel, F.; Sala Franco, T.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 605-611.

- Desarrollo de actividad profesional, lo que implicará el deber de pagar cotizaciones y, a cambio, el derecho a cobrar prestaciones “contributivas”, que tienen en cuenta dichas cotizaciones.
- Cumplimiento de determinadas condiciones específicas previstas en las normas (usualmente: situación de necesidad y carencia de recursos económicos propios), que darán lugar a recibir unas prestaciones llamadas “no contributivas”.

Existe, en suma, un doble nivel de protección: el contributivo (profesional) y el no contributivo (asistencial)<sup>2</sup>. A la escala contributiva hace referencia el apartado primero del antes mencionado artículo 7 de la LGSS y en ella quedan comprendidos los españoles residentes en España y los extranjeros residentes legalmente en España; siempre que ejerzan una actividad profesional en territorio nacional, perteneciendo a alguno de los colectivos siguientes:

- Trabajadores por cuenta ajena.
- Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado
- Estudiantes.
- Funcionarios públicos, civiles y militares.

A mayores, hay que considerar –según se establece en el artículo 9 de la LGSS– uno de los elementos caracterizadores más tradicionales de nuestro sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>: la distinción entre diferentes “régimenes”. Ello supone, de acuerdo con el artículo 10 de la antedicha LGSS, acotar grupos de personas en función de sus respectivas “actividades profesionales”. Así que, aunque la norma no lo afirme de una manera categórica, la cuestión de los régimenes remite mayormente al nivel contributivo, pues la escala asistencial –como se acaba de exponer unos párrafos más arriba– no se estructura en torno a la actividad del sujeto protegido, sino atendiendo a su situación material de necesidad y carencia de recursos.

El Régimen General (al que la LGSS dedica su Título II) constituye el ideal de cobertura respecto a los régimenes especiales, sirviendo muchas de las pautas del primero como subsidiarias de aquellas que rigen para los segundos. Dicho Régimen

2. Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.: *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2008, p. 19.

3. Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.: *Op. Cit.*, pp. 25 y 36.

General comprende a los trabajadores por cuenta ajena de las distintas ramas de la actividad económica, o asimilados a ellos: mayores de dieciséis años, sin distinción de sexo, estado civil o profesión y ya se trate de empleados a domicilio, eventuales, de temporada o fijos, incluso discontinuos. A tal efecto, la LGSS también declara irrelevante la categoría profesional y la forma y cuantía de la retribución<sup>4</sup>.

Así que los empleados por cuenta ajena, esto es, los trabajadores “asalariados”, integran un Régimen General actuante como núcleo esencial o fundamental del sistema de Seguridad Social y que está situado frente a un conjunto de regímenes particulares respecto de ese modelo o punto de referencia. Pero, ¿cuáles son los motivos de fondo que empujan al legislador a complementar el Régimen General con regímenes especiales<sup>5</sup>? En unos casos, se atiende a rasgos propios del sector productivo (así, los que incumben a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial del Mar y del Régimen Especial de Minería del Carbón). Otras veces, en cambio, las razones que impiden aplicar las disposiciones del Régimen General vienen dadas por la aparición de sujetos protegidos obrando de una forma que, desde el punto de vista jurídico, no cabe asimilar al trabajo por cuenta ajena (ocurre con las actividades de los autónomos –Régimen Especial de Trabajadores Autónomos<sup>6</sup>–; los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar<sup>7</sup>;

4. Para la concreta definición de los trabajadores por cuenta ajena se acude al artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), que los conceptúa como “*aquellos que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. A los efectos de identificar sujetos incluidos en el Régimen General también hay que tener en cuenta las precisiones, asimilaciones y exclusiones que se efectúan en los artículos 136 y 137 de la LGSS.

5. Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.: *Op. Cit.*, pp. 145 y 166.

6. Para la concreta definición de los trabajadores por cuenta propia se acude al artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que conceptúa a quienes lo efectúan como aquellas “*... personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial*”. A los efectos de identificar sujetos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) también hay que tener en cuenta las precisiones, asimilaciones y exclusiones que se efectúan en los artículos 305 y 306 de la LGSS.

7. Nótese que el Régimen Especial del Mar es el único del sistema que integra en su seno tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia (a condición de que, unos y otros, ejerzan sus respectivas actividades en ciertos ámbitos del sector marítimo-pesquero).

los funcionarios –Régimen Especial de Funcionarios Públicos, Civiles y Militares<sup>8</sup>– y los estudiantes –Seguro Escolar<sup>9</sup>–).

La inclusión de un sujeto en el Régimen General, o bien en uno de los regímenes especiales, comporta profundas consecuencias, pues el denominado “encuadramiento” es susceptible de remitir a normas dispares –al margen de la ya tratada utilización del Régimen General como modelo básico del sistema–. Las diferencias afectan a múltiples aspectos, debiendo destacarse: cotización a la Seguridad Social (pago de cuotas) y acción protectora al cargo de dicha Seguridad Social (cobro de prestaciones). En determinados puntos de esos ámbitos las reglas son del todo distintas entre regímenes; pero también existen otras previsiones que, coincidiendo en lo fundamental, varían en cuestiones tales como requisitos concretos, fórmulas de cálculo, plazos, cuantías, etc.

El Tribunal Constitucional ha considerado admisibles las divergencias entre regímenes, descartando que atenten contra el principio de igualdad a que se refiere el artículo 14 de la CE (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 38/1995). Sin embargo, asistimos desde hace tiempo a un proceso de homogeneización de la Seguridad Social, mediante la integración de trabajadores procedentes de antiguos regímenes especiales en el Régimen General o en el RETA –dependiendo de si la labor desempeñada por el sujeto protegido resulta más o menos equiparable a la actividad por cuenta ajena, o bien, a la actividad por cuenta propia– y, paralelamente –pero en función del mismo criterio–, tendiendo hacia dichos Régimen General o RETA los regímenes especiales que subsisten debido a rasgos particulares del sector productivo. A modo de resumen esquemático:

8. Los mecanismos de Seguridad Social de los funcionarios públicos resultan ciertamente complejos. Su estudio es ajeno al objeto del presente trabajo.

9. Este Régimen Especial conlleva altas dosis de peculiaridad, toda vez que la actividad que justifica su existencia ni siquiera puede calificarse como “profesional”.

**Tabla 1.**  
**Estructura del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social**

Trabajadores (personas que realizan actividad profesional)	
Actividad profesional por cuenta ajena	Actividad profesional por cuenta propia
RÉGIMEN GENERAL	RETA
Excepciones por particularidades del sector: – R.E. del Mar – R.E. de Minería del Carbón	Excepciones por particularidades del sector: – R.E. del Mar
A mayores, se mantienen dentro de la modalidad contributiva otros dos RR.EE concebidos para la protección respectiva de funcionarios y estudiantes, quienes, en términos jurídicamente estrictos, no pueden ser equiparados a “trabajadores” (ni por cuenta ajena, ni por cuenta propia).	

Fuente: Elaboración propia.

En definitiva, según se deduce de todo lo anterior: la determinación del Régimen de Seguridad Social en el que procede encuadrar a un sujeto protegido supone, las más de las veces, discernir si la labor profesional realizada se desarrolla “por cuenta ajena” o “por cuenta propia”. Pues bien, sintetizando las consideraciones efectuadas y para facilitar la exposición de los restantes puntos de este trabajo, se acudirá a la siguiente **simplificación**...

*... [trabajadores por cuenta ajena y asimilados a ellos – Régimen General – trabajadores por cuenta propia y asimilados a ellos – RETA ]...*

... remitiéndonos al contenido previo del presente epígrafe para mayores precisiones al respecto de la problemática global del encuadramiento.

## II. El encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales según la vigente LGSS

Cuando un sujeto se encuentra empleado al servicio de una sociedad mercantil siendo, de forma simultánea, partícipe de la misma y/o administrador, gerente

o directivo de la entidad, es necesaria una regulación muy específica para que termine de quedar claro si, en orden a establecer el Régimen de Seguridad Social de encuadramiento, se considera que dicho profesional efectúa una labor asimilable a la de un empleado “por cuenta ajena” o si, por el contrario, debemos entender que interviene “por cuenta propia”. Ello, dado que dicha persona podría operar a la vez desde varias posiciones jurídicas formalmente opuestas entre sí, en lo que atañe a las principales notas diferenciadoras de trabajadores asalariados (por cuenta ajena: Régimen General) y autónomos (por cuenta propia: RETA).

El tema alcanza un grado todavía mayor de dificultad al tratarse, en particular, acerca de las sociedades mercantiles que dan cobertura a las empresas de la Economía Social. Aquí la confluencia entre propiedad, trabajo y, en su caso, gerencia o dirección –esto es, el desarrollo por una misma persona de las dinámicas propias del obrar “por cuenta ajena” y del obrar “por cuenta propia”– constituye rasgo inherente a la naturaleza de las organizaciones –incluso, su misma razón de ser– y no supone, desde luego, una simple circunstancia eventual o incidental como sucede en el caso de otras entidades mercantiles. Así, indica el Preámbulo de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (LSLP) que *“las sociedades laborales, nacidas en los años setenta como método de autoempleo colectivo por parte de los trabajadores, logran el reconocimiento constitucional en el artículo 129.2 de la Constitución Española de 1978, que ordena a los poderes públicos la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el establecimiento de las medidas que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*. Pues bien, el cumplimiento de tales propósitos en buena medida termina por materializarse con la regulación de la figura del socio trabajador de la Sociedad Laboral (artículo 1.2 de la LSLP) en quien se hacen concurrir tanto rasgos de dueño como de empleado de la empresa; caracteres con los que, eventualmente, se podrán también mezclar los de administrador, gerente o directivo de la entidad.

Muestra de los retos que la estructura de las sociedades laborales plantea en el antes mencionado ámbito del encuadramiento en la Seguridad Social<sup>10</sup> es la

10. Como se indica en López Gandía, J.: *Las Sociedades Laborales desde el Derecho del Trabajo. Cuestiones Centrales y Propuestas de Reforma*, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º19, 2008: *“si bien en principio cabe que la figura del socio trabajador pueda darse tanto (...) con un contrato común como con relaciones especiales, cuando se trata de puestos y funciones de alta dirección mediante contratos laborales especiales o a través de la figura de administrador, el encuadramiento en la Seguridad Social es problemático. [Por ejemplo], cabe administración unipersonal o pluripersonal, es decir la figura*

complicada redacción de los vigentes apartados d) y e) del artículo 136.2 del Texto Refundido de la LGSS, declarando incluidos en el Régimen General a los socios trabajadores de dichas entidades:

- [APARTADO D] Como trabajadores por cuenta ajena, a todos los efectos de cobertura: si su participación en el capital social se ajusta a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la LSLP, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2,e) de la LGSS.
- [APARTADO E] Como meros “*asimilados a trabajadores por cuenta ajena*” (excluidos de las coberturas de protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número total de socios no supere los veinticinco): si, por su condición de administradores de la Sociedad Laboral, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, y no posean el control de la entidad en los términos previstos por el artículo 305.2,e) de la LGSS.

Como se observa, es común a ambos apartados del artículo 136.2 de la LGSS el criterio básico para determinar si un socio trabajador controla, o no, la Sociedad Laboral. Se trata de la referencia al artículo 305.2,e) de la LGSS, precepto que delimita el campo de aplicación RETA respecto a los socios trabajadores de las sociedades laborales (abarcando a los socios trabajadores de dichas sociedades cuando su participación en el capital social, junto con la de su cónyuge y parientes

*del administrador único, o una administración mancomunada o solidaria, o el Consejo de administración. Y dentro de la Sociedad laboral de Responsabilidad Limitada cabe [también] la alternancia en la administración (...). [Además], el carácter retribuido o no del cargo tendrá importantes efectos para el [referido] encuadramiento de Seguridad Social. [Sin embargo], no cabe aplicar a las Sociedades laborales los esquemas de las Sociedades capitalistas comunes sin tener en cuenta sus especialidades que no impiden que se pierda la ajenidad por el hecho de que un trabajador desempeñe funciones de administración social ejecutiva en una Sociedad Laboral. A nuestro juicio, aunque sean activos y sean retribuidos en ningún caso perderían su condición de trabajadores en Sociedades Laborales por las razones (...) de la especialidad de estas Sociedades laborales y la forma de ejercer la dirección o administración.* Alude a lo mismo, desde otra perspectiva y de una forma más sucinta, la siguiente afirmación de Espín Sáez, M.: *Aspectos Laborales de la Propuesta de Reforma de la Ley de Sociedades Laborales de CONFESAL*, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º19, 2008: “*son trabajadores por cuenta ajena y emprendedores, lo que va a propiciar la existencia de distorsiones inevitables en el régimen típicamente laboral aplicado a esta clase de socios*”.

por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan, alcance –al menos– el cincuenta por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares).

De modo que la LGSS considera que los socios trabajadores ejercen el control efectivo sobre la Sociedad Laboral cuando su presencia en el capital alcanza, como mínimo, la mitad de las participaciones sociales, incluyendo en este cómputo el posible apoyo de sus familiares más cercanos.

Si poseen el control de la sociedad en tales términos, los socios trabajadores de la Sociedad Laboral deben quedar encuadrados en el RETA. Pero cuando carezcan de dicho control (es decir, si su participación en el capital social, más la de sus parientes, no alcanza el cincuenta por ciento), han de ser abordados los demás requisitos establecidos en los apartados d) y e) del artículo 136.2 de la LGSS y determinar si procede, o no, el encuadramiento en el Régimen General, bien como trabajador ordinario –apartado d)–, o bien, como “asimilado” –apartado e)–.

El supuesto del **ARTÍCULO 136.2.D) DE LA LGSS** exige, primeramente, que la participación en el capital social del socio trabajador de la sociedad laboral se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la LSLP. Este último dispone que podrán obtener la calificación de Sociedad Laboral aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social<sup>11</sup>.

Esta condición de no superar un tercio de participación social es coherente con la premisa previa –ya abordada– en virtud de la cual la inclusión en el Régimen General requiere, en todo caso, que el socio trabajador no controle la sociedad laboral. El matiz que establece el artículo 136.2.d) la LGSS a este respecto, es

11. Salvo que la Sociedad Laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que –en el plazo máximo de treinta y seis meses– se ajusten al límite general establecido; o bien, salvo que se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la Economía Social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social. En todos los supuestos, si se transgreden de forma sobrevenida los márgenes impuestos, la Sociedad Laboral queda abocada a acomodar a la Ley la situación de sus socios en el plazo de dieciocho meses, a contar desde el primer incumplimiento.

que –por la remisión a la LSLP– queda impuesto un límite más riguroso que el señalado por el artículo 305.2.e) de la LGSS: no basta que la participación del socio trabajador sea inferior al cincuenta por ciento, sino que debe limitarse a un tercio como máximo.

En segundo lugar, el artículo 136.2. d) de la LGSS no vincula el encuadramiento en el Régimen General a la condición de administrador que pueda tener asignada el socio trabajador: es indiferente que el socio trabajador forme parte, o no, del órgano de administración social.

En tercer lugar, la exigencia nuclear del artículo 136.2.d) de la LGSS para que el socio trabajador sea incluido en el Régimen General es que no ejerza funciones de dirección y gerencia, incluso si forma parte del órgano de administración.

Mientras, el **ARTÍCULO 136.2.E) DE LA LGSS** regula un supuesto de asimilación a trabajador por cuenta ajena de un socio trabajador de Sociedad Laboral, a efectos de su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social. La consideración como “asimilado” implica una cobertura limitada, pues estos socios trabajadores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo cuando el número de socios de la Sociedad Laboral no supere los veinticinco.

Al igual que la letra d) del artículo 136.2 de la LGSS, la letra e) de este precepto también establece, como exigencia primera para la asimilación, que el socio trabajador no controle la sociedad, conforme al criterio previsto en el artículo 305.2.e) de la LGSS –tema ya tratado *ut supra*–. En segundo término, el artículo 136.2.e) de la LGSS impone que el socio trabajador sea administrador. Y, en tercer lugar, el artículo requiere que el socio trabajador realice funciones de dirección y gerencia, precisamente por su condición de administrador<sup>12</sup>.

Por último, el artículo 136.2.e) del TRLGSS incorpora una cuarta exigencia muy importante: para su encuadramiento en el Régimen General como “asimilado”, el socio trabajador debe percibir emolumentos por sus tareas directivas y gerenciales. Y se admiten dos conceptos alternativos para justificar dicha retribución:

12. En este sentido, el artículo 13.1 de la LSLP dispone que “*es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad*” y añade: “*en el caso de que los administradores deleguen la dirección y gestión de la sociedad, o confieran apoderamientos con esta finalidad, deberán adoptar medidas para delimitar claramente sus competencias y evitar interferencias y disfunciones*”.

- Compensación económica al desempeño de las competencias propias de administrador (de gestión y representación de la sociedad)<sup>13</sup>.
- Salario correspondiente a “una relación laboral de carácter especial de alta dirección”, prevista en el artículo 2.1,a) del ET y desarrollada en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

Quedan, por tanto, expuestas las dos vías a través de las que los socios trabajadores de una Sociedad Laboral han de ser encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (una como trabajadores por cuenta ajena propiamente dichos y otra como “asimilados”), así como los supuestos en que –por ejercer el socio trabajador el control efectivo de la entidad– deben ser aplicadas las normas rectoras del RETA. En formato de esquema de la página siguiente.

Acerca de la coherencia de las expuestas reglas de encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales en el Régimen General o en el RETA puede generarse más de una duda. No obstante, a los efectos de centrar el objeto de análisis, nosotros situaremos el foco sólo sobre cierto supuesto detectado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) al comprobar que unos determinados socios trabajadores de Sociedad Laboral no parecen encontrar acomodo en ninguno de los regímenes de la modalidad contributiva del sistema público de protección social, generándose el vacío que se aborda en los puntos siguientes de este artículo.

### III. Laguna legal en el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales

A la vista de la normativa vigente acerca del encuadramiento de socios trabajadores de sociedades laborales desglosada en el epígrafe anterior del presente estudio y ante un caso suscitado a finales del año 2016, la ITSS elevó Consulta<sup>14</sup>

13. Respecto a la condición de administrador, debe señalarse que el artículo 217.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece que “*el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración*”. Esta referencia a la Ley de Sociedades de Capital es obligada a tenor de la Disposición Final Tercera de la LSLP, relativa a Derecho supletorio aplicable.

14. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *Consulta de 14 de diciembre de 2016 sobre encuadramiento de*

**Tabla 2.**  
**Encuadramiento en la Seguridad Social de socios trabajadores de sociedades laborales; artículos 136.2 (apartados d. y e.) y 305.2 (apartado e.) de la LGSS (2015)**

<b>Requisito común a las opciones 1 y 2 de acceso a Régimen General</b>	
No posesión del “control efectivo de la entidad” (en caso de que sí se posea tal “control efectivo” el encuadramiento procede en el RETA).	
<p><b>Opción 1 de acceso a Régimen General</b></p> <p><i>Incorporación a todos los efectos de cobertura.</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Participación en el capital social ajustada a lo dispuesto por el art. 2.1 de la LSLP.</li> <li>2. Indiferente si el socio trabajador es miembro, o no, del órgano de administración; siempre que el cargo no comporte funciones reales de dirección o gerencia.</li> </ol>	<p><b>Opción 2 de acceso a Régimen General</b></p> <p><i>Incorporación limitada (no contempla coberturas por desempleo y del FOGASA, salvo si el n.º de socios no supera los 25).</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Socio trabajador administrador de la Sociedad Laboral.</li> <li>2. Realización de funciones reales de dirección o gerencia.</li> <li>3. Percibo de emolumentos por realización de tareas directivas o gerenciales, sirviendo cualquiera de los dos conceptos siguientes para justificar tal retribución:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Compensación económica por desempeño de competencias propias de administrador (gestión y representación de la sociedad).</li> <li>– Salario en el marco de relación laboral especial de alta dirección.</li> </ul> </li> </ol>

Fuente: Elaboración propia.

a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS). Efectivos de la Inspección se plantearon la posibilidad de promover el alta de oficio –con sus diversas consecuencias colaterales, en forma de liquidación de cuotas e imposición de multas– de un socio trabajador y administrador solidario de Sociedad Limitada Laboral que realizaba funciones de dirección y gerencia y percibía retri-

*un socio trabajador y administrador solidario de una sociedad limitada laboral, con funciones de dirección y gerencia y retribuido por su relación laboral común*, Ed. La Ley (Base de Datos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 4.954/2016), Madrid, 2016, pp. 8-23.

buciones en virtud de relación laboral común (es decir, no relación laboral especial de personal de Alta Dirección). Sin embargo, surgían interrogantes por cuanto el supuesto no parecía estar expresamente incluido ni en el Régimen General de la Seguridad Social ni en el RETA, según el antes analizado artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS, en relación con el artículo 305.2,e) del mismo cuerpo legal.

En concreto, la ITSS concluyó su instancia ante la DGOSS en los siguientes términos<sup>15</sup>:

*“La duda que se suscita en relación al caso expuesto es relativa a la aparente imposibilidad de encuadrar en el sistema de la Seguridad Social a un socio trabajador de una sociedad laboral, en el que concurren las siguientes circunstancias:*

*Uno. Carece del porcentaje de participación en el capital social requerido en el artículo 305.2, e) de la LGSS, para su inclusión en el RETA (...).*

*Dos. Desempeña el cargo de administrador solidario con ejercicio de funciones de dirección y gerencia en la sociedad laboral. Precisamente, el ejercicio de estas funciones gerenciales, derivadas de su condición de administrador, parece que impide su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, conforme al supuesto previsto en el artículo 136.2.d) de la LGSS.*

*Tres. Percibe retribución en virtud de la relación laboral común que le vincula con la sociedad laboral, en calidad de especialista, de modo que el ejercicio de sus funciones de dirección y gerencia no son retribuidas, ni como consecuencia de su cargo de administrador solidario (pues los estatutos sociales establecen su desempeño gratuito) ni en concepto de personal de alta dirección (ya que las partes no han concertado esta relación laboral especial). En consecuencia, al no reunir los requisitos establecidos en el artículo 136.2. e) de la LGSS, tampoco cabe su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, como asimilado a trabajador por cuenta ajena.*

*A la vista de todo lo anterior se solicita pronunciamiento sobre la procedencia o no de incluir en el sistema de la Seguridad Social al socio trabajador de una sociedad laboral que se halla en las circunstancias enumeradas, y, en su caso, sobre el Régimen en el que correspondería encuadrarlo”.*

15. Las negritas han sido incorporadas por el autor de este trabajo.

Respondida dicha Consulta de la ITSS por la DGOSS<sup>16</sup>, quedó constatada la existencia de un vacío en relación con el señalado grupo de socios trabajadores: **falta acomodo para ellos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, de modo que quedarían abocados a acceder tan sólo a la modalidad no contributiva del sistema** (y ello si así lo justificase una determinada situación de necesidad y carencia de recursos, acorde a los términos de la normativa asistencial que corresponda).

Ahora bien, tras un amplio pero no por ello menos certero análisis de los antecedentes del problema, la DGOSS determinó en su respuesta a la Consulta que la referida exclusión de los socios trabajadores y administradores de Sociedad Laboral que realicen funciones de dirección y gerencia y perciban retribuciones en virtud de relación laboral común, constituye una mera discordancia ocasionada por error o desliz en el proceso de reordenación de la LGSS que culminó en 2015 con la entrada en vigor del actual Texto Refundido<sup>17</sup>. Y es que el citado grupo socios trabajadores se encontraba –según los textos a refundir– encuadrado de forma indiscutida en el Régimen General y, por tanto, incluido en la modalidad contributiva del sistema de Seguridad Social; sin embargo, con el nuevo Texto Refundido han pasado –sin mayor explicación, ni motivo aparente– a quedar fuera, no ya de dicho Régimen General, sino del nivel contributivo de protección social en su conjunto.

En efecto, el vigente Texto Refundido de la LGSS (2015) tiene su origen en la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delegó en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en los artículos 82 y siguientes de la CE. Ocurre, además, que la LSLP –a cuyo artículo 1.2,b) se remite el apartado d) del artículo 136.2 de la LGSS, como hemos visto en el epígrafe II– fue aprobada tan sólo quince días antes de que se hiciera lo propio con el actual Texto Refundido de la LGSS. Así pues, en tan sólo unas dos semanas, hubo de ser preparada la concordancia que requería la nueva situación, toda vez que el antedicho artículo 1.2,b) de la LSLP vino a derogar lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales en relación con la Disposición Adicional 47.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actua-

16. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *Op. Cit.*, pp. 22-23.

17. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *Op. Cit.*, pp. 1-8.

lización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (con reflejo en el artículo 97.2,m. y en la Disposición Adicional 27.<sup>a</sup> del Texto Refundido de la LGSS de 1994, éste –a la sazón– también derogado).

En definitiva, resulta que –por error– una parte de los socios trabajadores de Sociedades Laborales que –según los textos a refundir– aparecían pacíficamente encuadrados en el Régimen General, han pasado –según el texto refundido– a quedar fuera, no ya de dicho Régimen, sino del nivel contributivo de protección social en su conjunto. Y ante ello no es posible reaccionar sino en los términos señalados por la DGOSS en su respuesta a la Consulta de la ITSS<sup>18</sup>: “*debiendo descartarse la posibilidad de excluir del sistema de la Seguridad Social a los socios trabajadores de sociedades laborales afectados por la laguna legal detectada, procede necesariamente la integración de ésta*”<sup>19</sup>.

No obstante, sí que puede apuntarse alguna valoración crítica sobre la opción concretamente escogida por la DGOSS para solventar el problema. A desarrollar tales consideraciones se destina el próximo punto del presente escrito.

#### **IV. Consideraciones jurídicas al respecto de los criterios de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para solventar la laguna legal en el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales. Riesgo de quebranto del principio de legalidad**

Primeramente, hay que precisar que, en efecto, el problema expuesto en el punto anterior supone el surgimiento de una verdadera laguna legal. No nos encontramos ante una norma redactada con una terminología oscura o ambigua, la cual se pueda aclarar o precisar simplemente recurriendo a alguno de los métodos interpretativos<sup>20</sup> admitidos por el artículo 3.1 del Código Civil<sup>21</sup> (gramatical,

18. Las negritas han sido incorporadas por el autor de este trabajo.

19. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *Op. Cit.*, p. 6.

20. López Díaz, E.: *Iniciación al Derecho*, Ed. Delta, Madrid, 2006, p. 64.

21. Código Civil publicado, por mandato legal, mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889.

histórico, lógico, sistemático o teleológico)<sup>22</sup>. Al contrario, la dicción literal de los vigentes apartados d) y e) del artículo 136.2 de la LGSS –aunque conformen un texto complejo– conduce, sin duda, al resultado que se ha descrito en el epígrafe III de este trabajo (*“in claris non fit interpretatio”*): falta acomodo en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social para el socio trabajador y administrador de una Sociedad Laboral que realice funciones de dirección y gerencia y perciba retribuciones en virtud de relación laboral común; y ello es debido a una innovación introducida por la versión vigente de la LGSS (2015), en contraste con su inmediata predecesora (1994).

Desde un punto de vista amplio, podría pensarse que, allí donde la Ley ha pasado a guardar silencio, ya no queda norma alguna. Efectivamente, en algunos casos la ausencia de disposición expresa debe interpretarse como falta de todo límite o sanción –así ocurre en el ámbito penal–. Sin embargo, en nuestro caso no estamos ante una materia que figure sin regular, sino que (desde la refundición de 2015) la LGSS se muestra incapaz de otorgar respuesta a un problema en concreto. Y es que, mientras el artículo 7 proclama la inclusión de todos quienes realicen una actividad profesional en el nivel contributivo de la Seguridad Social, resulta que los nuevos apartados d) y e) del artículo 136.2 en relación con el apartado e) del artículo 305.2 parecen desmentir la afirmación precedente respecto de determinados socios trabajadores de sociedades laborales, a quienes se excluye por completo de la modalidad contributiva. Surge así una antinomia entre normas de igual jerarquía que encaja a la perfección en la definición doctrinal de “laguna legal”: *“estado incompleto de la norma o del conjunto normativo en el cual falta de regu-*

22. Con todo, tanto en el planteamiento de Consulta por la ITSS como en la respuesta de la DGOSS, se apuntaron posibles soluciones basadas en meras interpretaciones “correctoras” de la norma. En concreto, desde la ITSS se propuso (Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social –Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social–: *op. cit.*, p. 21) *“hacer abstracción de algunas notas que reúne el socio trabajador del caso [papel gerencial u origen de las retribuciones], con el único fin de propiciar su encuadramiento en el Régimen General”*. Mientras, la DGOSS aventuró (Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social –Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social–: *op. cit.*, p. 3-4) que, quizás, se pudiera contribuir a solventar la distorsión considerando que la mención final del apartado d) del artículo 136.2 de la LGSS al artículo 305.2,e) del mismo cuerpo legal se refiere –en realidad– al artículo 305.2,b). Ninguna de esas dos alternativas fue finalmente empleada para establecer la conclusión de la Consulta. Ello ha de calificarse como acertado, toda vez que (al margen de otros graves problemas) el recurso a cualquiera de dichas opciones hubiera supuesto obviar sin recato el sentido propio de las palabras del precepto conflictivo; en contra del acuerdo unánime de doctrina y jurisprudencia, conforme al que en el proceso interpretativo se ha de atender, primeramente, al significado de un término –o de una unión de palabras– en el uso general del lenguaje, cfr. López Díaz, E.: *op. cit.*, p. 64.

*lación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios a fines de la normativa total*<sup>23</sup>.

Los vacíos que se originan con la actuación del legislador que —a causa de error o por inadvertencia— ha regulado de forma incoherente ciertas conductas o materias deben cubrirse por medio de “integración”. Aplicado al ámbito que aquí interesa, integrar significa analizar el Ordenamiento Jurídico como un todo, abordarlo en su conjunto para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de la regulación dada a un supuesto concreto. La integración de la Ley se lleva a cabo completando sus preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo<sup>24</sup>. Luego, ha de buscarse la solución justa recurriendo, en primer lugar, a la analogía y, posteriormente, si el método analógico resultase ineficaz, deberá resolverse el caso conforme a los principios generales del Derecho<sup>25</sup>. Estas dos son las vías o manifestaciones con mayor frecuencia reconocidas, de forma explícita o implícita, por los ordenamientos estatales para colmar lagunas en sus leyes sin tener que recurrir para ello a normas de un Derecho ajeno (en cuanto a nuestro Código Civil, véanse los artículos 1.1, 1.4, 1.7 y 4.1).

La laguna legal a que se refiere el presente trabajo no admite ser subsanada mediante analogía. Ésta viene conceptuada como “*aquel procedimiento mediante el cual, ante un hecho en particular que carece de regulación, se aplica la norma que disciplina un caso semejante, debido a que entre ambos supuestos existe una misma identidad de razón*”<sup>26</sup>. Pues bien, el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales es un tema merecedor de la atención de la LGSS precisamente porque su alta especificidad impide adoptar las soluciones previstas para otras situaciones más o menos afines. Así pues, la respuesta analógica al problema aquí planteado parece que debe ser descartada<sup>27</sup>.

23. Galiano-Maritan, G.; González Millán, D.: *La Integración del Derecho ante las Lagunas de la Ley: necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada interpretación del Derecho*, Dikaion (Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia), Vol. 2, N.º 2, 2012.

24. Galiano-Maritan, G.; González Millán, D.: *op. cit.*

25. López Díaz, E.: *op. cit.*, p. 66.

26. Galiano-Maritan, G.; González Millán, D.: *op. cit.*

27. Muestra de ello es que la propuesta apuntada por la DGOSS a la que se refiere la Nota al Pie (N.P.) 22 se basa en un fundamento hasta cierto punto analógico y la propia Dirección General se mostró disconforme con las consecuencias que su aplicación acarrearía, decantándose finalmente por otras soluciones.

Restaría, entonces, la posibilidad de acudir a los principios generales del Derecho. Se trata de aquellos postulados, criterios, ideas y fórmulas básicas o fundamentales que constituyen la base de todo un Ordenamiento Jurídico, permitiéndose a través de ellos la orientación del sistema normativo. Su vital importancia radica en que aquellos principios son los únicos instrumentos capaces de armonizar el caótico cúmulo de disposiciones que es la legislación, hasta convertirla en un mecanismo operante y fluido, por medio de la tarea integradora consistente en traer a la resolución de un caso concreto los elementos del Derecho que se encuentran fuera de las normas positivas estrictamente consideradas<sup>28</sup>. A esta dinámica hace referencia implícita la DGOSS para otorgar respuesta a la Consulta<sup>29</sup> planteada desde la ITSS<sup>30</sup>:

*“No cabe olvidar, como señala la doctrina jurisdiccional, que tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que pueden restringir derechos individuales deben ser aplicados de forma restrictiva: SSTS, Sala de lo Social, de 24 de Noviembre de 1998 y 9 Junio 1997, a las que puede unirse la Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 5 julio 2000, siendo criterio jurisprudencial iniciado en interés de la Ley por la STS de 3 de Junio de 1975 el de que las normas de la Seguridad Social -en tanto que participes del progreso de la Justicia como fundamento del Derecho- han de ser necesariamente interpretadas de manera que su aplicación no llegue a frenar el dinamismo progresivo que es acorde a las garantías de asistencia y prestación social suficiente postuladas por la Constitución Española como valores inherentes a un Estado Social y de Derecho.*

(...)

*Por consiguiente, teniendo en cuenta la doctrina jurisdiccional que insta a limitar la aplicación de aquellos preceptos de carácter social que sean restrictivos de derechos y que una aplicación literal de la norma lleva a*

28. La teoría sobre la operatividad de los principios generales del Derecho en el marco específico del Derecho administrativo que se asume en el presente trabajo puede consultarse en García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Ed. Civitas*, Madrid, 1993, pp. 75-82.

29. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *op. cit.*, pp. 7-8.

30. Las negritas han sido incorporadas por el autor de este trabajo.

*resultados claramente perjudiciales para estos socios trabajadores, que no se cohonestan con el sentido de la legislación integrada en el artículo 136.2, d) y e), del TRLGSS, en el supuesto planteado por la Inspección no cabe incluir al socio trabajador en el RETA ni tampoco en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena, por cuanto implicaría una interpretación extensiva de una norma de carácter social restrictiva de derechos, ya que se le excluiría del derecho a prestaciones por desempleo y del FOGASA, y no respetaría tampoco el sentido de los preceptos que esta integra, según los cuales el trabajador habría quedado incluido en cualquier caso en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena con plenitud de derechos como tal. En resumen y con carácter general, entiende este Centro Directivo que deben considerarse incluidos en el Régimen General como auténticos trabajadores por cuenta ajena, con derecho a prestaciones por desempleo y del FOGASA, a los socios trabajadores de sociedades laborales que tengan la condición de administradores sociales y no perciban retribución derivada de dicha condición ni de una relación laboral especial con las mismas, sino que su retribución derive exclusivamente de una relación laboral común, cualquiera que sea el número de socios trabajadores que pueda tener la Sociedad Laboral”.*

Sin cuestionar que esa respuesta dada por la DGOSS (en unos términos que son altamente tuitivos de los derechos de los socios trabajadores perjudicados por la deficiente redacción de la Ley) sea la más correcta desde el punto de vista de la Justicia material; cabe –eso sí– plantear dudas acerca del modo en que se ha conseguido dicho resultado. Esto es, no se cuestionará tanto el fin logrado como los medios escogidos para llegar hasta él.

Ocurre que, al invocar los principios generales del Derecho como herramienta para integrar la Ley, las normas no señalan cuáles son dichos principios, qué características deben reunir para ser considerados como tales, ni qué pauta ha de ser seguida en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que se entiende por tales principios generales del Derecho siempre presenta no pocos y serios escollos<sup>31</sup>. Se trata de una noción de sentido vago e impreciso, que en todo caso admite ser abordada desde prismas contrapuestos<sup>32</sup>.

31. Rodríguez-Arana Muñoz, X.F.: *Interpretación de las Normas y Libertades Públicas*, Revista General de Derecho, N.º 541-542, 1989.

De ahí que, en realidad, la integración de las leyes mediante principios generales del Derecho venga prevista en un precepto, el artículo 1.7 del Código Civil, específicamente alusivo a “*jueces y tribunales*”, órganos encargados de resolver conflictos desde una posición de neutralidad respecto de las partes en litigio<sup>33</sup>. En cambio, otros operadores jurídicos, en particular las Administraciones Públicas, carecen en muchas ocasiones de la referida neutralidad al perseguir fines determinados (recaudar cuotas, imponer multas, aprobar medidas, implementar proyectos, etc.) que pueden inclinar hacia un lado u otro el uso de esos escurridizos principios generales. Por supuesto que las Administraciones Públicas operan “*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” (artículo 103.1 de la CE). Pero, además, persiguen la realización efectiva de una serie de objetivos conectados con el llamado “*interés general*”<sup>34</sup>, lo cual es susceptible de alterar la imparcialidad administrativa a la hora de interpretar o integrar normas –se entiende así el permanente control judicial de la actividad de la Administración previsto por el artículo 106.1 de la CE–.

En relación con el supuesto que en esta investigación se analiza y como se ha indicado previamente, la DGOSS basa su operación integradora de los apartados d) y e) del artículo 136.2 de la LGSS en una serie principios de inspiración progresista, favorables a las personas injustificadamente expulsadas del sistema de Seguridad Social. En concreto, se esgrime –parafraseando la antes reproducida de forma textual respuesta de la DGOSS a la ITSS<sup>35</sup>– que: *en Seguridad Social pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales deben ser aplicados de forma restrictiva cuando una aplicación literal de la norma lleve a resultados claramente perjudiciales para los sujetos protegidos, lo que no se coordina con el sentido de una legislación orientada hacia el progreso de la Justicia como fundamento del*

32. Signo de ello son los términos abiertos de la definición con la que –a partir de cita de Sentencia del Tribunal Supremo– concluye la exposición de la teoría a que se refiere la N.P. 28, conceptuando los principios generales del Derecho como “*la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y que penetra por eso tanto su interpretación como su propia aplicación, que debe ajustarse necesariamente a ellos*” (García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 82).

33. Acerca de la independencia de jueces y tribunales: Título VI de la CE (en relación con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la propia CE, con desarrollo en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; LOPJ).

34. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 92.

35. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *op. cit.*, p. 8.

*Derecho, descartándose, por tanto, toda interpretación extensiva de una norma de carácter social restrictiva de derechos; en definitiva, deben considerarse incluidos en el Régimen General como auténticos trabajadores por cuenta ajena –inclusive con derecho a prestaciones por desempleo y del FOGASA– a los socios trabajadores de sociedades laborales que tengan la condición de administradores sociales y no perciban retribución derivada de dicha condición ni de una relación laboral especial con las mismas (sino que su retribución derive exclusivamente de una relación laboral común), cualquiera que sea el número de socios trabajadores que pueda tener la Sociedad Laboral de que se trate.*

Se encuentra de tal modo una vía de solución ágil, directa y sencilla, así como adecuada y adaptada a los miembros del colectivo perjudicado por la laguna (al mismo tiempo que se evita la disminución de ingresos que conllevaría para la Seguridad Social la exclusión del sistema de los mencionados sujetos). Ocurre, no obstante, que obrando de esa manera la DGOSS ha modificado *de facto* una norma con fuerza de Ley porque los efectos de la aprobación y publicación de un Decreto Legislativo, como lo es el Texto Refundido de la LGSS (2015), se concretan en la extinción automática de la delegación y en la incorporación del resultado al sistema de normas, **dotado ya de rango legal** (artículo 82.3 de la CE)<sup>36</sup>. Es decir, la integración mediante el uso de unos determinados principios generales del Derecho, acometida por la DGOSS respecto del artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS, resulta ser más bien una reforma material de dicha Ley que debería haber sido efectuada por el titular originario de la potestad legislativa en materia de Seguridad Social: las Cortes Generales –artículo 149.1.17ª CE–<sup>37</sup>.

Supone una merma de garantías, así como una fuente de disfunciones técnicas, que –en aras de la practicidad y de la Justicia material– la Administración haya terminado sustituyendo lo que hubiera debido ser un procedimiento reglado y formalista (modificación de la LGSS) por el apresurado uso de un mecanismo altamente flexible y, por eso mismo, concebido a modo “último recurso” de jueces y tribunales neutrales para integrar normas en caso de laguna (principios generales del Derecho).

36. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 248.

37. Ello, salvo que –por medio de una nueva Ley “delegante”– se habilite otra vez al Gobierno para modificar dicha LGSS, al amparo del artículo 82 de la CE. Pero, aun en tal caso, el nuevo Decreto Legislativo resultante habría de ser promulgado siguiendo los oportunos trámites: audiencia del Consejo de Estado, aprobación en Consejo de Ministros, sanción real, etc.

En tal sentido, piénsese –por ejemplo– en una Sociedad Laboral que incurra en faltas de afiliación al sistema de Seguridad Social, de alta en el Régimen General y/o de cotización respecto de aquellos de sus socios trabajadores y administradores que realicen funciones de dirección y gerencia y perciban retribuciones en virtud de relación laboral común:

- ¿Estaría esa Sociedad Laboral incumpliendo la LGSS y debiera serle requerido el pago de cuotas (más los recargos e intereses que correspondan), imponiendo asimismo las sanciones pecuniarias previstas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social?
- En un caso muy extremo, ¿podría la referida falta de cotización desembocar en la apreciación del delito de elusión de pago de cuotas de Seguridad Social, tipificado por el artículo 307 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal?

Realmente, la Sociedad Laboral puesta como ejemplo no estaría incumpliendo lo estipulado por el artículo 136.2, apartados b) y c) de la LGSS; sino que estaría obviando sólo un criterio administrativo acerca del precepto. Criterio, además, cuya aplicación conduce a un resultado totalmente opuesto al previsto por el tenor literal de la norma. Y hay que recordar que, en virtud del principio de legalidad (artículos 9.1, 9.3 y 103.1 de la CE), todos los poderes públicos se encuentran sujetos a los términos estrictos de la Ley. En ese principio encuentran dichos poderes públicos un asidero de legitimidad –en cuanto su actuación queda apoyada en un Derecho democráticamente consentido– así como un postulado de limitación formal –dado que sus intervenciones tienen en el Derecho la frontera del actuar legítimo–. Como se afirma en la STC 108/1986, el principio de legalidad es un “*dogma básico del sistema liberal democrático*”, ya que el acatamiento de la Ley por la Administración supone la sumisión del obrar administrativo concreto a las disposiciones vigentes de carácter general. Y por Ley no debe entenderse sólo, como en los orígenes del Estado liberal, la emanada de los parlamentos, sino también y por supuesto la CE, norma suprema del Ordenamiento Jurídico y las normas del Gobierno con rango de Ley (Decretos Leyes y Decretos Legislativos) –STC 67/1984–.

A mayores, la potestad sancionadora de la Administración Pública enlaza directamente con los principios que inspiran el Derecho penal, dado que ambas

intervenciones son expresión del Ordenamiento Jurídico del Estado; tal y como expresa la propia CE (artículo 25), reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la STC 18/1981 y reitera una muy copiosa doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, a partir de sus sentencias de 29 septiembre, de 4 de noviembre y de 10 de noviembre de 1980, entre otras. Si bien ello no es óbice a que se reconozcan algunos aspectos diferenciadores entre los ámbitos penal y administrativo: la STC 77/1983 indica expresamente que para apreciar infracciones e imponer sus consecuencias al responsable, en todo caso se determina la necesaria cobertura de la potestad con una norma con rango de Ley.

Es cierto que, en el caso que nos ocupa, la transgresión del principio de legalidad no se da respecto de los preceptos tipificadores<sup>38</sup>—porque éstos se contentan con señalar como infracción las faltas de afiliación, alta y/o cotización—. Pero sí se vulneraría dicho principio de legalidad al analizar el precepto presuntamente infringido (es decir, el precepto que obliga a la cotización que se supone eludida) —artículo 136.2, apartados d) y e) de la LGSS—, presupuesto lógico absolutamente necesario para aplicar las normas de tipificación de ilícitos. Por otro lado, para nada empece lo antedicho la circunstancia de que no se integren en el ámbito puramente “sancionador” ciertas reacciones previstas en la LGSS ante faltas de afiliación, alta y/o cotización (así, las actas de liquidación de cuotas de la ITSS o las reclamaciones de deudas cotizatorias cursadas por la Tesorería General de la Seguridad Social —TGSS—<sup>39</sup>) y es que, como se ha visto, **el principio de legalidad impera sobre toda actuación administrativa**, aunque lo haga de forma específica en el ámbito del *ius puniendi* (el cual, en cualquier caso, no deja de estar presente por medio de las multas —e, incluso, penas— con las que ya hemos visto que también se reacciona frente a las referidas faltas de afiliación, alta y/o cotización).

Es comprensible, sin necesidad de extensas explicaciones, que el descrito quebranto del esencial principio de legalidad arrastra consigo la vulneración de sus manifestaciones particulares aludidas —como principios constitucionales con entidad propia— por el artículo 9.3 de la Carta Magna: la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, la seguridad jurídica y la responsabilidad y la interdicción de la

38. Artículos 22 y 23 de la Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y artículo 307 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

39. Artículos 33 a 36 de la LGSS.

arbitrariedad de los poderes públicos. En definitiva, como señala la STC 46/1990, *“debe perseguirse la claridad y no la confusión normativa, se debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y se debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”*.

Con las afirmaciones precedentes acerca de los principios positivizados en el artículo 9.3 de la CE no se pretende desdeñar la importancia de aquellos otros principios de protección social esgrimidos por la DGOSS en su respuesta a la Consulta elevada por la ITSS. Al contrario, consideramos que el artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS contiene una evidente laguna. Por ello, es preceptivo depurar el Ordenamiento Jurídico, de modo que cese la presencia en el mismo una norma defectuosa. Ahora bien, tal depuración ha de realizarse por cauces jurídicamente válidos, como es lo propio en un Estado de Derecho donde el respeto por formas y procedimientos legales se coordina en la máxima medida posible con objetivos de Justicia material. Y es que los loables objetivos de claridad, estabilidad y predictibilidad del sistema jurídico a que remite la definición constitucional de España como Estado de Derecho no pueden emplearse como pretexto para –al amparo de un exceso de ingenuo rigorismo legalista– dejar sin respuesta al problema de los socios trabajadores de Sociedad Laboral sobrevenidamente afectados por el vacío normativo del que se viene haciendo mención. Así pues, dedicaremos el próximo punto a estudiar las posibilidades que brinda el Ordenamiento para, sin transgredirlo, hacer desaparecer el mencionado defecto de la LGSS –al margen de la pura y simple reforma de esa Ley a la que antes hemos aludido–.

## V. Análisis de posibles remedios, más allá de la reforma de la Ley General de la Seguridad Social

Como nos recuerda la propia DGOSS en su respuesta a la Consulta formulada por la ITSS<sup>40</sup>, el vigente Texto Refundido de la LGSS (2015) tiene su origen

40. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social): *op. cit.*, p. 7.

en la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delegó en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en los artículos 82 y siguientes de la CE. La naturaleza del Texto Refundido es, pues –y tal y como ya hemos indicado reiteradas veces–, la de un Decreto del Gobierno que desarrolla “una delegación recepticia otorgada por las Cortes, esto es, una delegación legislativa de cuyo ejercicio resultan normas con rango de Ley (art. 82.1 de la Constitución); el nombre de «Decretos legislativos» (Decretos en cuanto dictados por el Consejo de Ministros, legislativos en cuanto tienen rango de Ley, excepcionalmente viene impuesto por el artículo 85 de la Constitución”<sup>41</sup>.

Pues bien, según señala el Tribunal Constitucional (STC 13/1992 y STC 166/2007), las leyes “delegantes” basadas en el artículo 82 de la CE otorgan al Ejecutivo la facultad de integrar, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, las leyes y demás disposiciones que se enumeren. Ello habilita al Gobierno para llevar a cabo una revisión técnica de los textos legales; ocupándose de refundir, precisar y concordar normas y de eliminar las discordancias y antinomias que se detecten en la regulación precedente, para lograr así que el nuevo texto legal resulte lo más completo, coherente y sistemático posible<sup>42</sup>. El artículo 1,c) de la Ley (“delegante”) 20/2014 se atuvo de forma estricta a tales parámetros cuando otorgó al Gobierno la potestad de emitir un nuevo Texto Refundido de la LGSS. Por tanto, al abordar el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales, el Gobierno hubiera debido ceñirse tan sólo a “aclarar, armonizar y regularizar” y nunca, desde luego, a introducir en la Seguridad Social de dichos socios innovaciones sustantivas de un enorme calado –recuérdese lo visto en el epígrafe III: *una parte de los socios trabajadores que (según los textos a refundir) aparecían pacíficamente encuadrados en el Régimen General, han pasado (según el texto refundido) a quedar fuera, no ya de dicho Régimen, sino del nivel contributivo de protección social en su conjunto*–. En definitiva, estamos ante un Decreto Legislativo que, en su artículo 136.2 b) y c), ha sobrepasado con mucho los límites de la delegación en que se amparaba<sup>43</sup>.

41. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 141.

42. López Díaz, E.: *op. cit.*, p. 21.

43. En el tema específico que aquí nos ocupa, es claro que el Decreto Legislativo no sólo ha propiciado impropia e importantes novedades de fondo, sino que no ha logrado ningún éxito en el propósito que justifica su misma existencia (aclarar, armonizar y regularizar), toda vez que ha generado más discordancias y antinomias que las derivadas de las disposiciones previas.

El Tribunal Constitucional (STC 51/1982; STC 159/2001 y STC 166/2007) señala que los Decretos Legislativos, cuando incurren en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (Decretos Legislativos *ultra vires*), vulneran el artículo 82 de la CE, declarándose el propio Tribunal Constitucional competente para enjuiciar según tal criterio dichos Decretos. Así que “*el exceso en el ejercicio de (...) poder legislativo delegado constituye per se una infracción de (...) la Constitución, de forma que la norma ultra vires resulta ser por esa sola razón inconstitucional y así habrá de declararlo el Tribunal Constitucional si, directa o indirectamente, es requerido para ello*”<sup>44</sup>—bien entendido que la posibilidad de “*control constitucional no se agota en la mera comprobación de la regularidad del ejercicio de la delegación legislativa, sino que se extiende también al juicio intra vires de la norma delegada, es decir, a la valoración de la conformidad o disconformidad del contenido de ésta con la Constitución...*”<sup>45</sup>—.

Pero, además, los primeramente referidos “excesos de la delegación legislativa achacables a los Decretos Legislativos” pueden ser conocidos también por la jurisdicción ordinaria, según el mismo Tribunal Constitucional admite; por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los Decretos Legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o —para ser más precisos— el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de Ley, sino de Reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su “inaplicación”. La técnica de la “inaplicación” constituye lo que se ha denominado “*control difuso de la legalidad de los reglamentos*”<sup>46</sup>, a disposición de los órganos jurisdiccionales ordinarios *ex* artículo 6 de la LOPJ: “*los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos (...) contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa*”.

Esto es, un Decreto Legislativo, si es correcto, presenta fuerza de Ley. Pero si la delegación es excedida, nos encontraríamos en presencia de una norma que —en todo o parte de su contenido— carecería ya de valor de Ley. Aun así, seguiría siendo una disposición emanada del Gobierno, un Decreto sin más, que posee carácter reglamentario<sup>47</sup>: “*esta reducción a la fuerza y a la eficacia [de los Decretos*

44. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 259.

45. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 260.

46. Aguilló Monjo, P.A.: *El Control Jurisdiccional de los Reglamentos y la Cuestión de Ilegalidad: discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares pronunciado el 27 de marzo de 2007*, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, N.º 9, 2007.

47. López Díaz, E.: *op. cit.*, p. 22.

Legislativos] *quiere decir que las «ocurrencias de los funcionarios» valen en cuanto tales, pero no pueden pretender ampararse en la maiestas e imperium de la Ley, ni mucho menos prevalecer frente a Leyes y tampoco, claro está, frente a la propia Ley de la delegación*<sup>48</sup>, como corresponde a tenor de los principios constitucionales de legalidad y de jerarquía normativa, sobre los que ya ha habido ocasión de reflexionar en otro punto de este trabajo. Así pues, en tanto que mero Reglamento, el Decreto Legislativo *ultra vires* será inaplicable por los órganos judiciales ordinarios cuando éstos topen con aquél por medio de los actos que concreten, para supuestos prácticos específicos, tal disposición defectuosa. En resumen, los tribunales ordinarios figuran en condiciones de “inaplicar” las normas reglamentarias que no obedezcan a las leyes —y dentro de este grupo se hallan los Decretos Legislativos *ultra vires* como el aquí analizado—.

Pero, más allá de lo hasta ahora expuesto, los reglamentos ilegales también pueden ser expulsados del sistema de normas tras ser impugnados y enjuiciados ante una clase determinada de tribunales ordinarios, los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (así lo indica expresamente el artículo 9.4 de la LOPJ, en concordancia con los artículos 1.1 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; LRJCA). Y esto último, de nuevo, también es predicable de aquellos reglamentos ilegales peculiares que son los Decretos Legislativos continentales de excesos en el ejercicio de la potestad delegada. Vienen a confirmarlo los propios artículos de la LOPJ y de la LRJCA a los que se acaba aludir, cuando **propician que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de las pretensiones que se deduzcan en relación con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación**<sup>49</sup>.

48. García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 256.

49. Sobre la delimitación entre los ámbitos de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, véanse los epígrafes titulados “*El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución. El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a los tribunales ordinarios*” y “*Recurso contra Reglamentos y jurisdicción constitucional*”, en García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, pp. 98-101 y 223-224. Con todo, la postura defendida en este trabajo queda perfectamente sintetizada en el punto C), titulado “*El control de la constitucionalidad de la delegación recepticia*” (pp. 259-261), del epígrafe con la rúbrica “*La delegación recepticia: Textos articulados y Textos refundidos*” en García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, pp. 247-261.

Queda sentado, pues, que –vigente el artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS– tanto los tribunales Constitucional como los ordinarios del orden contencioso-administrativo se encuentran facultados para efectuar la labor depuradora del Ordenamiento Jurídico a la que antes hemos hecho referencia. Y ambos disponen de dos vías para ello: la “directa o en abstracto” y la “indirecta o incidental”<sup>50</sup>.

En efecto, las disposiciones de carácter general pueden ser impugnadas directamente, sin necesidad de aguardar para ello a que su aplicación suscite conflictos singulares en la práctica. Por tanto, cabe que el objeto del recurso sea simplemente la disposición, en sí misma considerada, analizándose en abstracto su conformidad con el Derecho, a fin de eliminar la norma si resulta ser antijurídica. Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de elaboración de este trabajo, sería ocioso detenerse a estudiar con detalle las vicisitudes relativas a la impugnación directa de la regulación del encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales mediante recurso de inconstitucionalidad –aduciendo no ser acorde a la Carta Magna el artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS; según permiten los artículos 161.1 de la CE y 31 a 34 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –(LOTIC)–, o bien, a través de recurso contencioso-administrativo –considerando el referido precepto de la LGSS degradado a rango reglamentario por rebasar los límites de la delegación legislativa *ex* artículos 1 y 25.1 de la LRJCA–. Y es que, en cualquiera de los dos casos, **el plazo para atacar la disposición en cuanto tal se encuentra ya vencido:** artículos 33.1 de la LOTIC y 46.1 de la LRJCA.

Por lo tanto, **ha de ser priorizado el análisis de las posibilidades de reclamación indirecta que hoy todavía puedan subsistir.** Se trata de las llamadas “cuestión de inconstitucionalidad” ante el Tribunal Constitucional e “impugna-

50. Acerca de la tipología general de procesos constitucionales típicos (entre los que se encuentran recursos “directos o en abstracto” e “indirectos o incidentales” frente a normas con rango legal) puede consultarse Fernández Rodríguez, J.J.: *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 72-84, así como también el epígrafe titulado “*La Inconstitucionalidad de las leyes y el Tribunal Constitucional*” en García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, pp. 155-164. Y, en cuanto a las pretensiones ejercitables contra disposiciones generales en la jurisdicción contencioso-administrativa (también mediante recursos “directos o en abstracto” e “indirectos o incidentales” por ilegalidad de reglamentos, incluidos los que resulten de Decretos Legislativos *ultra vires*), véase Bacigalupo Saggese, M.; del Saz Cordero, S.; Fernández Rodríguez, C.; Fuentetaja Pastor, J.; Medina González, S.; Montero Pascual, J.J.: *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2016, pp. 93-94.

ción indirecta de disposiciones generales” ante la jurisdicción del orden contencioso-administrativo.

Pues bien, la llamada **CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** (artículos 163 de la CE y 35 a 37 de la LOTC) puede ser promovida, de oficio o a instancia de parte, por los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando el juez o tribunal considere que una norma legal, aplicable a un determinado proceso del que conoce y de cuya validez dependa la decisión que haya de adoptar en el mismo, pueda ser contraria a la CE. Así pues, bastaría con que la resolución de un litigio concreto apareciera supeditada a lo dispuesto por el artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS para que, desde algún órgano judicial ordinario, sean planteadas al Tribunal Constitucional las dudas que dicho precepto genera en relación con la Carta Magna.

Y es que el encuadramiento de socios trabajadores de sociedades laborales según la LGSS (2015) supone la posible transgresión de varios preceptos constitucionales más allá del repetido artículo 82 de la CE, sobre la delegación de potestad legislativa en favor del Gobierno –el cual sí que parece haber sido claramente infringido por exceso, como ya se ha explicado, acarreado con ello asimismo infracciones de los artículos 9.3 y 103.1 de la CE, en cuanto a legalidad y jerarquía normativa–.

Realizando una primera aproximación, quizás pudiera estimarse que el hecho de que algunos socios trabajadores de sociedades laborales hayan quedado al margen del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social contraría también lo estipulado por el artículo 41 de la CE (*“régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”*). Pero, según se desprende de lo indicado en el primer epígrafe del presente escrito, tal artículo 41 de la CE alude al conjunto del sistema, dentro del cual –además de la modalidad contributiva de la que son injustificadamente expulsados los socios trabajadores que aquí nos ocupan– funciona también una modalidad no contributiva para la que no aparece vedado el acceso de los integrantes de dicho colectivo que cumplan los requisitos oportunos. Así pues, la vigencia del artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS podría llegar a considerarse compatible con la del artículo 41 de la CE.

De todos modos, sí que cabría invocar otras posibles vulneraciones constitucionales de tipo material a raíz del encuadramiento de socios trabajadores de sociedades laborales en la LGSS (2015), porque la laguna legal detectada lleva inevitablemente a otorgar tratamientos desiguales a esos socios, sin motivación objetiva alguna. Y ello, de entrada, parece revelarse contrario al principio de

igualdad garantizado por el artículo 14 de la CE. Según la STC 330/2015, la doctrina acerca de tal principio puede considerarse resumida por la STC 144/1988, conforme a la cual dicho criterio prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que sea conferido trato distinto a personas quienes, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, “*impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria*” (STC 125/2003).

Así pues, ante la eventual cuestión de inconstitucionalidad a la que nos venimos refiriendo, el Tribunal Constitucional tendría que plantearse, primero, si supone un agravio comparativo (frente a todos quienes realizan actividades profesionales y, en particular, frente a los trabajadores por cuenta ajena) las exclusiones –del sistema de Seguridad Social y del Régimen General– afectantes a los socios trabajadores y administradores de Sociedad Laboral que realicen funciones de dirección y gerencia y perciban retribuciones en virtud de relación laboral común. Y, segundo, para el caso de que sí se constataste la existencia de agravio, habría de decidir el Tribunal Constitucional si aquél resulta contrario a la Carta Magna, o bien si se trata de un problema de nivel tan sólo legal. Con todas las cautelas requeridas, cabe apostar por una eventual respuesta afirmativa del Tribunal Constitucional a ambas preguntas: todo apunta a que sí hay discriminación y, a mayores, a que la misma resulta contraria a la CE y no sólo a la Ley.

Además, el Gobierno –que, como se ha reiterado, “*no es legislador soberano*”– sólo habría podido expulsar del sistema de Seguridad Social a los mentados socios trabajadores “*si entre las normas a refundir o en la norma delegante hubiera algún precepto que así se lo impusiera*”. “*Al hacerlo como lo hizo*”, dicho Ejecutivo “*actuó sin razones*”, lo cual permite afirmar que, muy probablemente, el artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS asimismo “*infringió el principio de interdicción de la arbitrariedad*” a que se refiere el artículo 9.3 de la CE, “*por todo lo cual la norma cuestionada*” sería contraria a la Carta Magna “*también por [estas] razones materiales*”<sup>51</sup>. He ahí otra posible vulneración a analizar por el Tribunal Constitucional en una hipotética cuestión de inconstitucionalidad sobre el referido artículo de la LGSS.

51. Las expresiones entrecomilladas del párrafo corresponden a citas de la STC de 19 de julio de 1982 recogidas en García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *op. cit.*, p. 261.

En cuanto a la opción del denominado **RECURSO INDIRECTO ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**<sup>52</sup>, se refiere a ella el artículo 26 de la LRJCA (“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”). El artículo 27 de la misma LRJCA incorpora un sistema destinado a asegurar que el triunfo de impugnación del acto aplicativo sobre la base de la antijuridicidad de la disposición de la que aquél emana pueda conllevar, también, la anulación de tal disposición.

La perspectiva propia del control judicial ordinario de las normas resultantes de una delegación legislativa que excedan el ámbito de dicha delegación se basa, según ya hemos señalado, en que los preceptos elaborados por el Gobierno en virtud de esa clase de delegación tendrán la fuerza y la eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites correspondientes y, a partir de ahí, podrán ser fiscalizadas por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo como si de simples reglamentos se tratara.

No obstante, topáramos con un problema seguramente insalvable a la hora de plantear según la LRJCA esa impugnación indirecta del encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades laborales injustificadamente excluidos del sistema de Seguridad Social por la LGSS (2015): no constan actos aplicativos<sup>53</sup> de dicha exclusión al haber la DGOSS integrado ella misma, mediante principios generales del Derecho, la laguna legal surgida. Al respecto, vimos en el punto IV como la DGOSS simplemente obvia los términos del actual artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS y mantiene la solución de 1994 (inclusión en modalidad contributiva del sistema y encuadramiento en el Régimen General) para los socios trabajadores ahora afectados por el vacío legal. A causa de ello, la Administración de la Seguridad Social no está dictando resoluciones amparadas en el tenor literal de la normativa vigente o, lo que es igual, en la práctica no se están produciendo verdaderos actos aplicativos del artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS que permitan atacar el defectuoso precepto por vía indirecta.

52. Aguilló Monjo, P.A.: *op. cit.*, 2007.

53. Bacigalupo Saggese, M.; del Saz Cordero, S.; Fernández Rodríguez, C.; Fuentetaja Pastor, J.; Medina González, S.; Montero Pascual, J.J.: *op. cit.*, pp. 27 y 85-86.

Y es que los socios trabajadores beneficiarios de la intervención integradora de la DGOSS (lógicamente) carecerán de interés alguno en recurrir las actuaciones administrativas que emprendan en su favor la TGSS o la ITSS siguiendo el criterio mantenido por la referida Dirección General. Mientras, los sujetos perjudicados –por ejemplo, aquellas sociedades laborales a las que se les exija el pago de cuotas o a las que se les impongan sanciones por falta de afiliación, alta y/o cotización en base a dicho criterio administrativo– sí que es posible que presenten reclamaciones. Ahora bien, lo harán defendiendo los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de publicidad de las normas, de interdicción de la arbitrariedad, etc.; en relación con el vigente tenor literal del artículo 136.2, apartados d) y e), de la LGSS. Pero nunca aducirán que el precepto en sí resulta disconforme a Derecho, que es lo que sería necesario para la impugnación indirecta *ex* artículos 26 y 27 de la LRJCA. Así pues, los recursos que presenten los afectados podrán servir para hacer valer sus respectivos derechos individuales en casos concretos, pero no serán aptos para eliminar, de una vez por todas, las perturbaciones introducidas por la laguna en el Ordenamiento Jurídico.

En síntesis, al margen de la pura y simple reforma de la LGSS, **el remedio que a día de hoy presenta –a juicio de quien suscribe– mayores probabilidades de resultar efectivo para depurar el Ordenamiento Jurídico haciendo que del mismo desaparezca la laguna legal a la que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este trabajo es la CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** tratada unos párrafos más arriba (donde concluimos que dicha cuestión de inconstitucionalidad puede ampararse en circunstancias más bien formales –EXCESO EN EL USO GUBERNAMENTAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA RECEPTIVA Y CONSIGUIENTES PROBLEMAS DE LEGALIDAD Y JERARQUÍA– y, además, en aspectos de corte eminentemente material –VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD–).

Lo que en cualquier caso parece fuera de duda es que –dada la elemental necesidad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular– **resulta exigible una solución distinta a la que, por el momento, se está otorgando al vacío en el encuadramiento de ciertos socios trabajadores de la Sociedad Laboral a partir de la refundición de la LGSS en 2015: la mera sustitución informal de preceptos de dicha LGSS por criterios administrativos.**

## Bibliografía

- Rodríguez-Arana Muñoz, X.F.: *Interpretación de las Normas y Libertades Públicas*, Revista General de Derecho, N.º 541-542, 1989.
- García de Enterría, E.; Fernández Rodríguez, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 75-82, 92, 98-101, 141, 155-164, 221-224, 247-261.
- López Díaz, E.: *Iniciación al Derecho*, Ed. Delta, Madrid, 2006, pp. 21, 22, 28, 61-68.
- Ramírez Martínez, J.M. (dir.); García Ortega, J.; Goerlich Peset, J.M; Pérez de los Cobos Orihuel, F.; Sala Franco, T.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 605-611.
- Fernández Rodríguez, J.J.: *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 72-84.
- Aguilló Monjo, P.A.: *El Control Jurisdiccional de los Reglamentos y la Cuestión de Ilegalidad: discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares pronunciado el 27 de marzo de 2007*, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, N.º 9, 2007.
- Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A.; Carril Vázquez, X.: *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2008, pp. 19, 25-36 y 145-166.
- López Gandía, J.: *Las Sociedades Laborales desde el Derecho del Trabajo. Cuestiones Centrales y Propuestas de Reforma*, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º19, 2008
- Espín Sáez, M.: *Aspectos Laborales de la Propuesta de Reforma de la Ley de Sociedades Laborales de CONFESAL*, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º19, 2008
- Galiano-Maritan, G.; González Millán, D.: *La Integración del Derecho ante las Lagunas de la Ley: necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada interpretación del Derecho*, Díkaion (Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia), vol. 2, N.º 2, 2012.
- Bacigalupo Saggese, M.; del Saz Cordero, S.; Fernández Rodríguez, C.; Fuentetaja Pastor, J.; Medina González, S.; Montero Pascual, J.J.: *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2016, pp. 27, 85, 86, 93, 94.