

Sobre la afiliación en el RETA de los Administradores Sociales de las Entidades Mercantiles

por Rafael Navarrete, Graduado Social

05.10.2004

Tiene por objeto esta nota, el comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 2.004, Recurso 1683/2003, Ponente el Excmo. Sr. Jesús Gullón, que ratifica la del TSJ de Madrid de 28.1.2003 Recurso 5398/2002, sobre la afiliación en el RETA de los Administradores Sociales de las Entidades Mercantiles.



Como es de todos conocido, para estar de alta en el RETA, se requería, según el art. 2 del Decreto 2530/1970 de 20.8.1970, los siguientes requisitos:

- 1) Prestación de servicios, de forma personal y directa.
- 2) Habitualidad.
- 3) Actividad a título lucrativo.

La norma recogía: "A los efectos de este Régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o AUTÓNOMO, aquél que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas".

Las normas posteriores son, la Disposición 43 de la Ley 66/1997 de 30.12, que modifico la Disp. Adicional 27 de la LGSS, estableciendo:

"Quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista",

La Ley 50/1998 de 30.9.1998, en su art. 34.2, modificó de nuevo la norma, que se mantiene con la misma redacción en la Ley 55/1999 de 29.12.

"Estarán obligatoriamente incluidos en el RETA, quienes ejerzan las funciones de Dirección y Gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social".

La cuestión es sencilla, un Administrador (solidario, único o mancomunado), tiene el 50% o más de participaciones y/o acciones de una Sociedad Limitada o Anónima, y en las escrituras, se prevé que **el cargo de administrador será gratuito**, y efectivamente **no** recibe remuneración alguna de la Entidad, ¿debe por tanto estar de alta en el RETA al faltar el requisito de retribución? Como es conocido por todos, los Tribunales, han exigido:

- a) La prestación de Servicios, STSJ de Andalucía-Sevilla de 9.7.1998 Rfa. 3385,
- b) La Habitualidad, STSJ de Cataluña de 11.10.1999, Rfa. 4210, de 3.4.2000 Rfa. 2153, de 26.9.2000 Rfa. 4592 y STSJ de Madrid, en Sentencia de 28.1.1999 Recurso 71/1999, de 26.9.1995 de 13.9.1996 y de 10.12.1997, y el Tribunal Supremo de 29.10.1997 Rfa. 7683.
- c) La Retribución del cargo, STSJ del País Vasco de 3.7.2001.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia ya referenciada, recoge:

"Comparando la redacción de la Adicional 27 en la Ley 66/1997 y en la Ley 50/1998, se observa en lo que al requisito de la actividad del administrador ejecutivo se refiere, que en la primera se exigía retribución, remuneración u otra contraprestación por los servicios prestados. De ello cabe deducir que la

modificación de esa última norma trató de regular el problema de la retribución de los administradores ejecutivos (que se presume según el Art. 66 Sociedades) que tuviesen al menos el 50% del capital social, exigiendo junto al control efectivo de la entidad, que el desempeño de cargo social fuese desempeñado a título lucrativo, expresión ésta más amplia que la de servicios retribuidos, y que significa que quien dispone del control de la sociedad con la mitad o más de su capital y lleva a cabo en ella funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador se entiende que esa actividad está encaminada a la obtención de beneficios (aunque existan pérdidas) y de hecho se obtienen, no como retribución directa, sino como atribución patrimonial propia de la actividad empresarial."

En consecuencia, si en el caso de autos el demandante desempeñaba el cargo societario con carácter NO remunerado, eso no impide que se considere que la actividad se llevaba a cabo a título lucrativo.

En base a lo expuesto, debemos concluir que los Administradores de Sociedades Mercantiles capitalistas, aunque su cargo sea GRATUITO, **deben estar afiliados al RETA**, por el hecho objetivo del cargo, reciban o no remuneración, con lo que ello conlleva de pago de cuotas al sistema, incompatibilidad con pensión de Vejez, incompatibilidad con el incremento del 20% en pensiones de Incapacidad a partir de 55 años, complemento de mínimos, etc. etc. Este es la reflexión y comentario, que someto a todos vosotros.

Sobre equiparación de derechos

por Antonio Vela Núñez, Graduado Social

LA PRESENTE NOTA TRATA SOBRE LA EQUIPARACION DE DERECHO EN EL RETA A LA HORA DE JUBILARSE EQUIPARANDOSE AL RÉGIMEN GENERAL



La propia LGSS establece la compatibilidad a la hora de cotizar tanto en el Régimen General como en el RETA, sin embargo **discrimina a los trabajadores del RETA** creándose la siguiente desigualdad: Un trabajador que habiendo cotizado en el Régimen General antes del 1 de julio de 1967, puede jubilarse a los 60 años con las reducciones de un 8% por cada año previo a cumplir los 65 años, si el cese es voluntario, y si es por despido menos; sin embargo, los trabajadores autónomos con cotizaciones efectuadas con anterioridad al 1 de enero de 1967 no pueden jubilarse hasta cumplir los 65 años.

Existe discriminación aún habiendo cotizado los mismos años en diferentes regímenes.

PARADOJA DE LA NORMATIVA Y EJEMPLO DE UNA DESPROPORCION NORMATIVA:

- Trabajador cotizante del Régimen General desde antes del 1 de enero de 1967 puede jubilarse a los 60 años con el 60% de su pensión.
- El mismo trabajador descrito en el supuesto anterior que de forma superpuesta cotiza al RETA desde hace 20 años, como tiene más de 15 años cotizados, tiene derecho a otra pensión del Régimen Especial y sin embargo no puede jubilarse hasta los 65 años en este Régimen al no encontrarse regulado este supuesto. Debe esperar a los 65 años para percibir esta segunda pensión, pero como está jubilado en el Régimen General no es compatible el percibo de esta pensión con el trabajo del RETA; por tanto, deberá causar baja también en el RETA en el período comprendido entre los 60 y los 65 años, pero al dejar de cotizar en el RETA la pensión a que tendría derecho a los 65 años sería irrisoria o mermada.

¿Es o no es un agravio comparativo importante?

PREGUNTA

¿Qué solución tiene esta laguna discriminatoria para un trabajador que cotizó en los dos regímenes y sólo puede jubilarse en uno?

¿Se está discriminando o no al trabajador por cuenta propia?