

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 30 DE JULIO DE 2002 POR EL QUE SE RESUELVE DISCREPANCIA. SUBVENCIONES. LA FIGURA DEL SOCIO PARTÍCIPE COMO TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA A EFECTOS DE SU INCLUSIÓN EN LA PLANTILLA DE LA EMPRESA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN.

Tiene entrada en esta Intervención General, oficio de la Intervención Delegada de la Consejería de “.....”, adjuntado escrito del Gerente de “XYZ” por el que eleva discrepancia respecto a las actuaciones interesadas que, en base al artículo 83.3.c) de la Ley 9/1990 de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, y, en relación con expedientes relativos a la concesión de subvenciones reguladas por la Orden 65/2001 de 10 de enero, modificada por Orden 6183/2001 de 9 de julio, solicita el Interventor Adjunto en la Consejería.

La primera cuestión que conviene aclarar es la siguiente: la discrepancia es un procedimiento contradictorio que se inicia en los casos en que haya sido formulado un reparo por la Intervención Delegada correspondiente, según regulación dada por el artículo 88 de la Ley 9/90 mencionada, y el órgano al que afecte este reparo, no esté conforme con el mismo.

De la documentación remitida y examinada, se desprende que no se ha interpuesto el oportuno reparo por la Intervención Delegada en la Consejería, sino que lo que se ha producido, ha sido una petición de documentación de las previstas en el artículo 83.3.c) de la Ley 9/90, que no daría lugar a la elevación de una discrepancia. No obstante, analizado el contenido del escrito del Interventor Adjunto, se deduce claramente que no se ha pretendido solicitar aclaración alguna, ni recabar asesoramientos jurídicos o técnicos o actuación necesarias para el ejercicio de la función interventora, sino que se sienta un criterio, por lo que se considera que, formalmente, este escrito está incorrectamente denominado como actuación interesada, derivándose de su contenido un auténtico reparo.

A su vez, “XYZ” así lo ha entendido, pues ha remitido a la Intervención Delegada un escrito de discrepancia.

Por ello, si bien se aprecia un defecto formal en el procedimiento seguido en relación con este expediente, se procede por este Centro Fiscal a resolver esta cuestión como si de una discrepancia se tratara, en base a la interpretación de que del contenido de la actuación interesada por la Intervención Delegada se desprende que se sienta un criterio fiscal, sin solicitarse actuación o documentación alguna, y a la elevación, en su virtud, de discrepancia por el Centro Gestor,

Al objeto de su análisis, se precisan los siguientes

ANTECEDENTES

- 1.- La Orden 65/2001 de 10 de enero, de la Consejería de “.....”, modificada por Orden 6138/2001 de 9 de julio, regula la concesión de ayudas a empleados autónomos y Pymes de nueva creación o que se instalen por primera vez en la Comunidad de Madrid, con objeto de subvencionar el tipo de interés de las operaciones financieras suscritas por las mismas con entidades financieras con establecimiento permanente abierto en la Comunidad de Madrid, siendo acciones susceptibles de ayuda las inversiones en activo fijo, material o inmaterial; activo circulante vinculado a activo fijo

subvencionado hasta un límite; y operaciones de reestructuración de pasivo vinculado a inversiones en activo fijo.

- 2.- La cuantía de la subvención, será igual a la suma del coste de comisión de aval; el coste de la comisión de estudio; y la ayuda financiera que será, con carácter general, de tres puntos sobre el tipo de interés nominal, y con las limitaciones previstas en el artículo 10 de la Orden 65/2001, en modificación dada por la Orden 6138/2001 de 9 de julio. Además, prevé este artículo, que para la determinación del importe definitivo de la subvención, se tendrá en cuenta *el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido sobre el total de los trabajadores de plantilla*, en el momento de la presentación de la solicitud. *“Así, si éste es igual o superior al 50 por 100, la ayuda financiera se verá incrementada en un punto más, hasta 4 puntos. Por el contrario, si dicho porcentaje resultase inferior, la subvención a las comisiones de aval y de estudio se verá reducida en un 20 por 100”*
- 3.- Con fecha 17 de junio de 2002, la Intervención Delegada en la Consejería, devuelve determinados expedientes por considerar que *“...trabajadores con contrato indefinido son aquellos que tienen relación laboral con la empresa como trabajadores por cuenta ajena, formalizada en ese tipo de contrato, y que cotizan como tales en el Régimen General de la Seguridad Social. Dado que los beneficiarios son sociedades limitadas, que en el VILEM aportado sólo hay trabajadores con contrato temporal, y que los socios capitalistas de la misma no pueden considerarse trabajadores con contrato indefinido, la ayuda deberá quedar fijada, en ambos casos, en tres puntos.”*
- 4.- Por los razonamientos que se exponen en el informe del Gerente de “XYZ” de 28 de junio de 2002, se considera que el tratamiento a darse a los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su Órgano de Administración, y a pesar de su inclusión, por imperativo legal (Disposición Adicional Vigésima Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, es el de trabajadores laborales, ya que, aquella circunstancia, no impide su consideración de estabilidad en su vinculación, ya que prestan sus servicios como trabajadores en la empresa. De esta forma, la sociedad solicitante de la subvención, puede acogerse al incremento de puntuación que dispone el artículo 10 de la Orden 65/2001, a efectos de determinar el importe definitivo de la ayuda a percibir.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, se efectúan las siguientes

CONSIDERACIONES

- I.- La cuestión planteada, se centra en determinar si, quienes ejercen o prestan servicios en una empresa de la que son socios partícipes, y que, por imperativo legal, obligatoriamente deben incluirse en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, pueden asimilarse en su relación con la mencionada empresa, como trabajadores fijos, con estabilidad en su vinculación, a los efectos de poder computar en el porcentaje de la plantilla de contratos indefinidos y obtener, si éste es igual o superior al 50 por 100, un incremento en la ayuda financiera de un punto más, hasta cuatro puntos.
La disposición legal en la que descansa tal obligación, es la Adicional Vigésima Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el

Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, disposición introducida por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que modifica la citada norma. Establece dicha disposición:

“Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleve el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1.- Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

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

Analicemos el fundamento y significado de esta Disposición.

La Sociedad, en sus distintas formas, tiende a la creación de una organización de personas, que constituye el substrato o base del ente social, para la consecución de los fines previstos en su constitución. Cuenta, esta organización, con un conjunto de bienes que son el medio para obtener su finalidad económica, conjunto que forma el aspecto objetivo de la empresa. Pero junto a éste, existe otro, como se ha dicho, conjunto de personas -aspecto laboral de la empresa-, que están en relación de dependencia respecto al empresario, empresa o sociedad, con el fin de desarrollar la actividad económica en la que se concreta la misma.

Surge así una organización de personas a la que presta especial atención el Derecho del Trabajo. Así, el Estatuto de los Trabajadores nos dice que su ámbito afecta a los trabajadores que *“voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*. (artículo 1.1. del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

La característica de estas personas que colaboran con el empresario, es su vinculación con el mismo por una relación de subordinación o dependencia en forma generalmente estable, y ligados al mismo por un contrato de trabajo, en alguna de sus modalidades

(en común, en grupo, a tiempo parcial, fijo, fijo - discontinuo, etc.).

Junto con estos trabajadores, existen en la empresa otros colaboradores que no están vinculados en forma subordinada y estable con el empresario, y ayudan a éste en el ejercicio de su actividad, colaborando directamente, de forma personal y directa, en el cumplimiento de los objetivos fijados, asumiendo, incluso, participaciones económicas en la empresa, que hace tengan un control efectivo sobre la misma. Dadas estas características en su posicionamiento empresarial, nos alejamos en su relación con el empresario de la figura del contrato de trabajo.

Además, la participación o aportación en la sociedad, como obligación de poner en común bienes, industria o alguna de estas cosas, califica al que aporta como socio en la misma, pudiendo participar éstos en la gestión social y en su representación, tomando decisiones sobre asuntos de interés (caso de los Administradores), y siendo su relación jurídica con la empresa, orgánica, y no laboral.

- II.- Estas explicaciones básicas en lo que a la organización de una empresa se refieren, se precisan con el fin de determinar la posición en la empresa, y su relación jurídica con la misma, de las personas que la integran a los efectos de interpretar la Disposición Adicional Vigésima Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994 y su relación con la Orden 65/2001.

Los que en una empresa ejerzan funciones de dirección y gerencia, que conlleven desempeño de cargos de consejeros o administradores, están excluidos del ámbito laboral, expresamente, por el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores que exceptúa de su ámbito *“la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas...y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*. Como se ha comentado, su relación con la empresa es orgánica, pues les compete *“una actuación directa y ejecutiva en el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía...”* (STS de 3/6/1991, Sala de lo Social), no materializándose en ningún contrato de trabajo. De ahí, que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, están unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable *“naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral”*. (STS de 3/6/1991, Sala de lo Social y STS 21/1/1991, entre otras).

La actuación de estas personas naturales que comportan estos cargos es, en definitiva, la de representación de la sociedad, de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir la misma, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales, ya que *....al no tratarse la sociedad de una persona natural...las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante de la sociedad; de tal modo que las actuaciones de estos órganos, es decir, de las personas naturales que los componen, es, en definitiva, la actuación propia de la sociedad.* (STS 3/6/1991).

Podemos concluir, pues, diciendo que estos miembros de la sociedad, al no tener la relación de dependencia y ajenidad que caracteriza la relación laboral, por las funciones que en la empresa realizan, y el grado de responsabilidad, representación y riesgo que en la misma asumen, están también sometidos a otro régimen con la Seguridad Social, que es el Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, tratamiento lógico en cualquier caso, pues no son trabajadores por cuenta ajena y, en consecuencia, no puede formalizarse con ellos ningún contrato de los previstos en la legislación laboral,

ya que no se les aplica.

- III.- Tal como se ha comentado, los denominados por la doctrina “colaboradores dependientes” de la empresa, sí se hallan vinculados con la misma por una relación de subordinación o dependencia, y ligados al empresario con un contrato laboral, generalmente estable. Estos “auxiliares” del empresario están integrados en su plantilla laboral, a través de diferentes vínculos contractuales, entre ellos, un contrato laboral indefinido, y es este el supuesto al que se refiere la Base Reguladora, en concreto, su artículo 10, cuando se refiere a *trabajadores con contrato indefinido*.

Su figura, implica “*el establecimiento de un puesto de plantilla indefinido en el tiempo, cuya pervivencia, únicamente puede ser alterada por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, organizativas o productivas, cuando las autorice el órgano administrativo competente, mediante los procedimientos legalmente previstos*” (STS 1/12/1998 y 27/3/1998, entre otras).

En consecuencia, estos trabajadores se residencia, a efectos de la Seguridad Social, en el Régimen General.

Dependencia, ajenidad, puesto en plantilla, estabilidad en el tiempo, formalización de contrato, sometimiento al derecho laboral....son típicas notas de estos trabajadores, que no se dan o aprecian en aquéllos otros, de lo que se desprende con claridad que el fomento de empleo fijo está relacionado con la existencia de un elevado número de personal al servicio de una empresa que se relaciona con la misma con un contrato indefinido en el tiempo, y que ostenta un puesto en su plantilla, pues, ser trabajador fijo, lo implica, y así debe ser interpretado el sentido del artículo 10 de la Orden 65/2001 y el artículo 2 del Decreto 222/1998, de 23 de diciembre, de Desarrollo Parcial de la Ley 2/1995 de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, en materia de bases reguladoras de las mismas.

- IV.- Por otro lado, la figura del trabajador autónomo a que hace referencia el Decreto 222/1998 en su artículo 2, punto segundo, es distinta a ésta que estamos comentando.

El trabajador autónomo a que se refiere la Disposición Adicional Vigésima Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, está integrado, en los términos expuestos, en una asociación u organización voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común, de cuyo límite aportado responde, y en la que participa e implica personal y económicamente (como consejero, administrador, socio...), mientras que el empresario individual es una persona que asume, ella únicamente, el riesgo y ventura de su empresa, y la que en suma empeña su patrimonio presente y futuro.

Distintas formas de participación y gestión empresarial separadas, por tanto, a efectos de evaluar los criterios de empleo, sin que se aprecie desigualdad o paradoja comentada por el órgano gestor en el motivo quinto de su escrito pues, un socio de una sociedad mercantil, solicitará una subvención para la sociedad de la que forma parte, y en su nombre, siendo inviable que la solicite independientemente como empresario autónomo, pues no lo es, y no podría hacerlo, ya que la ayuda que espera obtener con la posible subvención, no la residenciará en su beneficio, interés o patrimonio, sino en el de la empresa.

- V.- El espíritu y finalidad del Decreto 222/1998, así como de la Orden 65/2001 es, en efecto, y estamos de acuerdo en ello, primar la estabilidad en el empleo, concediendo mas puntos a aquellas sociedades que mas empleos fijos mantengan.

Tal permanencia se premiará concediendo mas puntos a aquellas empresas que tengan *en su plantilla* un número más elevado de *trabajadores con contrato indefinido*, es decir, personas contratadas -con vinculación sometida al Derecho Laboral- de forma indefinida en el tiempo -finalidad del fomento de empleo-, y que se relacionan con la empresa bajo los principios de jerarquía, organización, dependencia y ajenidad, excluyéndose otro tipo de relaciones.

Cuando el empresario sea individual, no integrado en ninguna organización empresarial, al no existir plantilla por no existir empresa en los términos generales comentados, se valorará su condición de tal, que se demostrará con su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Esta es la literalidad interpretativa que al artículo segundo, punto segundo, del Decreto 222/1998, ha de darse, ya que separa, expresamente, los indicadores a aplicar en las empresas, del indicador a aplicar a los empresarios individuales.

En efecto, el citado Decreto, una vez enumerados los indicadores, que podrán tenerse en cuenta para valorar la creación de empleo, todos ellos referidos a los trabajadores por cuenta ajena, expresamente establece la excepción de aquellos trabajadores, que no tienen la consideración de ajenidad... y sin embargo son computados a los efectos de valorarlos como empleo creado:

“A los efectos de valoración de los criterios de empleo, en el caso de empresarios individuales se tendrá en cuenta, asimismo, su alta en el régimen especial de trabajadores autónomos”.

A sensu contrario, no cabe valorar en el caso de sociedades de cualquier tipo el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos a los efectos de creación de empleo, porque el Decreto únicamente permite valorarlo como criterio de empleo en el supuesto de empresarios individuales, no en el supuesto de sociedades.

Igualmente se llega a la citada interpretación, analizando la norma en relación con el contexto, de acuerdo con el artículo 3.1) del Código Civil. En efecto, en el referido artículo, precisados los indicadores que han de tenerse en cuenta para valorar la creación de empleo por los solicitantes de subvenciones en la Comunidad de Madrid, referidos a trabajadores por cuenta ajena, se precisa que también computará en el supuesto de empresarios individuales *“su alta en el régimen especial de trabajadores autónomos”*, es decir, el alta del empresario individual, no existiendo habilitación genérica, para que se pueda computan el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, sino únicamente la que pueda ostentar el empresario individual.

El que se compute como creación de empleo el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos del empresario individual es una excepción a la creación de empleo estable referidos a trabajadores por cuenta ajena; como tal excepción ha de ser de interpretación estricta, de modo que, por ello, se considera que no puede extenderse a otros sujetos, que también estén de alta en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos, sino únicamente el alta del empresario individual.

VI.- Por último, y en relación con el motivo quinto del escrito de discrepancia, vinculación de la Administración a los actos propios, no cabe atribuir valor normativo al llamado *precedente administrativo*, es decir, a la práctica reiterada de la administración en la aplicación de una norma, *“...el precedente reiterado puede tener cierto valor vinculante*

para la Administración, en el sentido de garantizar, en base al principio de la buena fe, la confianza de los terceros en los criterios de actuación mantenidos anteriormente, evitando situaciones de discriminación, pero en ningún caso puede admitirse su aplicación como medio para justificar el mantenimiento de un criterio contrario a la legalidad.” (Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 22/7/2001)

En efecto, teniendo en cuenta el sometimiento de la Administración al principio de legalidad en sus actuaciones, es generalmente admitido por la doctrina que aquélla pueda apartarse del precedente cuando se trata de rectificar una anterior conducta ilegal o interpretación errónea de la Ley. Por ello, *“...resulta claro que la Administración puede apartarse eventualmente del precedente cuando éste resulte ilegal o erróneo, explicando las razones que le lleven a dicho apartamiento, ...”*(García de Enterría). Es decir, se impone a la Administración la obligación de motivar que se separen del criterio mantenido en actuaciones precedentes.

De acuerdo con estas consideraciones, no parece procedente aludir a la vinculación para la Intervención Delegada del criterio mantenido en actuaciones anteriores cuando precisamente por ésta se pone de manifiesto la vulneración de los preceptos legales aplicables a la subvención, y la intención de corregir dicha interpretación errónea.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, esta Intervención General

RESUELVE

Ratificar el reparo del Interventor Adjunto en la Consejería de “.....”, por considerar que las personas que ejercen 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, control que se entenderá se produce en los supuestos previstos en la Disposición Adicional Vigésima Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y que, por imperativo legal de esta disposición, deben estar obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, no pueden ser considerados, a efectos de acreditar el criterio de empleo estable en la concesión de subvenciones, trabajadores con contrato indefinido, por no darse en su relación con la empresa de la que forman parte la vinculación laboral necesaria, ni estar sometidos al Derecho Laboral.

Según el artículo 2, apartado 2 del Decreto 222/1998, examinado, a los efectos de la valoración de creación de empleo por los solicitantes de subvenciones en el ámbito de la Comunidad de Madrid, se valorará el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos en el caso de empresarios individuales, no valorándose, por lo tanto, en los restantes supuestos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 88.1.b) de la Ley 9/1990 de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, en el supuesto de disconformidad, podrá elevarse discrepancia ante el Consejo de Gobierno, a quien corresponderá adoptar la resolución definitiva.