



Roj: **STS 2578/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2578**

Id Cendoj: **28079140012020100572**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2020**

Nº de Recurso: **2094/2018**

Nº de Resolución: **650/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2110/2018,**
STS 2578/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2094/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 650/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y la TGSS, contra la sentencia de 2 de marzo de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 1^a, en el recurso de suplicación núm. 1136/2017, formulado frente a la sentencia de 25 de mayo de 2017, dictada en autos 1027/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Madrid, seguidos a instancia de D. Abilio, contra el INSS y la TGSS, sobre pensión de jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Abogado D. Sergio Ramos Aguirre, en representación de D. Abilio.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Concepción Rosario Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2017, el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda presentada por D. Abilio frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se deja



sin efecto la resolución de 12 de Julio de 2016 y la suspensión de la pensión de jubilación y la obligación de reintegro de la cantidad señalada en la resolución".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO. Por resolución de 4.2.2011, se reconoce a D. Abilio la pensión de jubilación en el R.E.T.A., con base reguladora de 1.985,29 euros porcentaje 100%. SEGUNDO. El día 15 de septiembre de 2011, el actor comunica al I.N.S.S. que inicia la actividad de supervisor de obras, fecha de inicio de actividad 1.7.2011, para solicitar jubilación flexible. TERCERO. Por oficio de 4 de octubre de 2011, se hace saber que no se puede comprobar la reducción de jornada por no aportar el contrato de trabajo. Se aporta contrato de trabajo a tiempo parcial con la empresa RESAMA, S.L., fecha de 1 de julio de 2011 (folio 115) y se da de alta en Régimen General. Se reconoce como pensión de jubilación flexible 992,65 euros (folio 113). Y se procede a la minoración de la pensión por el periodo 1 de julio de 2011 a 30 de septiembre de 2011; recibió indebidamente 2.977,92 euros que debe devolver (folio 116). CUARTO. Por resolución de 12 de julio de 2016, se comunica que la actividad laboral por cuenta ajena, desarrollada desde 1 de julio de 2011, comunicada a la T.G.S.S. el 24 de octubre de 2012, es incompatible con el percibo de la pensión, y se suspende la pensión con efectos 1.7.2011 y se reclama, por el período no prescrito 1 de julio de 2012 a 30 de junio de 2016, 57.158,97 euros (folio 94). Se extingue la jubilación flexible con efectos 1.7.2011. Se solicita la rehabilitación de la pensión de jubilación con efectos 1.8.2016 (folio 125), solicitando la jubilación plena (folio 126). Se acuerda la reanudación de la pensión con base de 1.985,29 euros, por cese de actividad laboral (folio 127). QUINTO. El actor es miembro del Consejo de Administración de RESAMA, S.L. y socio mayoritario y administrador único. SEXTO. Estuvo de alta en el R.E.T.A. hasta 31 de enero de 2011, y consta alta en el RETA fecha real alta 1.7.2011 y fecha efectos alta 1.9.2012 hasta 31 de julio de 2016. El 2 de febrero de 2011, solicita en la T.G.S.S. la baja, fecha variación datos 10.1.2011. SEPTIMO. El 28 de septiembre de 2012, se dicta resolución comunicando que, si bien está dado de alta en el Régimen General desde 1.7.2011, al tener el control efectivo de la sociedad, debe estar en el R.E.T.A. y, antes de proceder de oficio al encuadramiento, se da plazo para alegaciones. El actor no realiza alegaciones y, el 24 de octubre de 2012, solicita el alta en el R.E.T.A."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSS y la TGSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 1ª, la cual dictó sentencia en fecha 2 de marzo de 2018 en la que, manteniendo el relato fáctico de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia nº 253/2017, de fecha 25/05/2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID, en sus autos número 1027/2016, seguidos a instancia de D. Abilio frente a la Administración recurrente, en reclamación sobre JUBILACION. Sin costas".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 1ª, por la representación procesal del INSS y la TGSS, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 22 de abril de 2005 (R. 1821/2005). El motivo de casación alegaba la infracción del art. 165.1 y 4 LGSS de 1994, en relación con el art. 5 del Real Decreto 1132/2002, de 12 de julio de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y con el art. 12.6 ET. Asimismo, entiende que la sentencia impugnada incurre en una interpretación errónea del art. 4 del citado Real Decreto 1132/2002.

QUINTO.- La Sala procedió a admitir a trámite el citado recurso e impugnado el recurso por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de junio de 2020, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se somete a la consideración de esta Sala IV por parte del INSS y de la TGSS la determinación del acceso a la jubilación flexible por el jubilado que pretende compatibilizar dicha situación con una actividad por cuenta propia que requería el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid en fecha 2 de marzo de 2018 (RS. 1136/2017) dicta resolución confirmando la sentencia de instancia que estimó la pretensión del actor sobre jubilación. De la resultancia fáctica destacamos los elementos que siguen: en febrero de 2011 se había reconocido a éste la pensión de jubilación en el RETA. El 15.09.2011 comunicó al INSS que iniciaba la actividad de supervisor de obras el 1 de julio de 2011, para solicitar jubilación flexible. Por oficio de 4.10.2011 se hace saber que no se puede comprobar la reducción de jornada por no aportar el contrato de trabajo. Aporta contrato de



trabajo a tiempo parcial con la empresa RESAMA, S.L. de 1 de julio de 2011 y se da de alta en Régimen General. Se reconoce como pensión de jubilación flexible 992,65 euros, procediendo a la minoración de la pensión por el periodo 1 de julio a 30 de septiembre de 2011, fijando la cifra a devolver. El 28.09.2012, se dicta resolución comunicando que, si bien está dado de alta en el RG, al tener el control efectivo de la sociedad, debe estar en el R.E.TA. La jubilación flexible resulta extinguida con efectos del 1.07.2011 al considerar incompatible la actividad desarrollada. Consta igualmente que el actor era miembro del Consejo de Administración de RESAMA, S.L. y socio mayoritario y administrador único. Con posterioridad postula el demandante la reanudación de la jubilación plena.

El INSS, en suplicación, había denunciado la vulneración del art. 165.1 LGSS, en relación con el art. 5 del RD 1132/2002, de 31 de octubre y 12.6 ET, afirmando que la jubilación flexible es incompatible con los trabajos por cuenta propia. La sala concluye que el actor debía devolver, como así hizo, la pensión recibida hasta el 30.09.2011, por haber comenzado la actividad antes de comunicarlo a la EG, pero no lo percibido hasta el 31 de julio de 2016, al entender que la jubilación flexible es compatible con los trabajos por cuenta propia como infiere del párrafo 2º del art. 5 del RD 1132/2002 citado y del punto 4 del art. 165 LGSS (actual art. 213).

2. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, tras considerar que concurre la necesaria contradicción entre las sentencias contrastadas.

Las alegaciones de impugnación que verifica la parte actora sostienen, por el contrario, la falta de identidad, y, respecto del fondo, que la jubilación flexible en absoluto es incompatible con los trabajos que realizaba, siendo encuadrado por la propia administración en el RETA, dadas sus participaciones en la sociedad RESAMA, S.L., no superando además el salario mínimo Interprofesional tal y como establecía el art 165 de la anterior LGSS. Interesa también la condena en costas del recurrente.

SEGUNDO.- 1. Con relación a la exigencia de contradicción cuestionada por la contraparte, el legislador (art. 219 LRJS) y la jurisprudencia perfilan una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Entre otras muchas, recuerdan esta doctrina las SSTS de fechas 16.01.2020, rcud 2913/2017 o 12.02.2020, rcud 2736/2017.

El recurrente sustenta la contradicción de la recurrida con la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de abril de 2005 (R. 1821/2005). Resuelve un supuesto en el que el actor siendo también percceptor de pensión de jubilación, solicita autorización de la reiniciación de su actividad laboral a tiempo parcial, por 8 horas semanales, para realizar trabajos de colaboración en una empresa cuyo accionariado es de carácter familiar. El INSS reconoció la jubilación flexible minorando la pensión al porcentaje del 75%, y mediante resolución de la TGSS se resolvió anular el alta del demandante de 1 de enero de 2003 y tramitar su alta en el RETA, al ser titular el actor de 200 de las 500 participaciones sociales de la empresa y poseer junto con su esposa el 80 por ciento del capital social con efectivo control sobre la sociedad. Iniciado expediente de revisión de oficio por el INSS se dictó resolución de 8 de junio de 2004 por la que se revoca la resolución de 14 de febrero de 2003 sobre situación de jubilación flexible cursándose baja en la pensión y reclamando el reintegro de prestaciones indebidas. En ese caso la Sala argumenta que la interpretación sistemática los arts. 4 y 5 del RD 1123/2002, 166 y la DA 8 de la LGSS, regulan exclusivamente el contrato celebrado entre empresario y trabajador, y no el trabajo por cuenta propia, porque no cabe el alta parcial en el régimen especial que encuadra a estos trabajadores, ya que la actividad profesional de un autónomo, por su propia naturaleza, no está sometida en principio a límites temporales.

2. Se observa de esta manera la concurrencia de la identidad exigida por el art. 219 LRJS: los dos actores eran perceptores de una pensión de jubilación y solicitan al INSS la jubilación flexible. Ambos se dan de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. En los dos supuestos, el trabajador es socio mayoritario y tiene el control de la sociedad que actúa como empresario en el contrato de trabajo a tiempo parcial aportado para obtener la jubilación flexible. También respecto de los dos se declara la improcedencia de su afiliación al régimen general, debiendo de darse de alta en el RETA. Y, finalmente, el INSS les reclama el reintegro de la pensión de jubilación percibida por su incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia. Pese a ello, las sentencias llegan a resultados contrarios, pues mientras que la recurrida considera que la jubilación flexible es compatible con el trabajo por cuenta propia, conforme al art. 5.2 del RD 1132/2002, de 31 de octubre y al art. 165.4 LGSS, la referencial declara que la jubilación flexible solo es compatible con el trabajo por cuenta ajena y no con la actividad profesional de un autónomo, afirmando que la actividad profesional de un autónomo por su propia naturaleza no está sometida en principio a límites temporales.

La aparejada conclusión de superación del requisito de contradicción no la empaña la circunstancia de que la pensión de partida lo fuere en uno u otro régimen, pues el acceso a la jubilación flexible podía serlo desde



ambos. Recordemos al efecto las previsiones del art. 4 -Ámbito de aplicación: "Lo dispuesto en esta sección será de aplicación a todos los Regímenes de la Seguridad Social, con la salvedad establecida en la disposición adicional primera"- del Real Decreto 1132/2002, al que seguidamente nos referiremos.

TERCERO.- 1. Las infracciones denunciadas por las entidades gestoras recurrentes alcanzan al art. 165.1 y 4 (actual 213) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, en relación con el art. 5 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y con el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente entienden que la recurrida incurre en una interpretación errónea del art. 4 del citado Real Decreto 1132/2002.

La normativa invocada hace referencia en primer término al art. 165 de la LGSS vigente a la sazón y relativo a las Incompatibilidades, cuyo tenor decía: "1. El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

No obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable."

El precepto transcrito había sido objeto de modificación en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la citada Ley 35/2002, posibilitando que pudiera compatibilizarse el percibo de la pensión de jubilación, con las consecuencias en él establecidas y en los términos que reglamentariamente se diseñaren. Era necesario fijar la regulación de la denominada jubilación flexible, a cuya finalidad el RD 1132/2002, de 31 de octubre (BOE 27.11.2002), dispuso las reglas de compatibilidad entre el percibo de la jubilación, en un importe reducido, y la realización de un trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, así como las consecuencias de las cotizaciones efectuadas con posterioridad al momento de causar la pensión de jubilación.

Su art. 5 considera como situación de jubilación flexible "la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores antes mencionada.

2. Fuera de los supuestos señalados en el apartado anterior, la percepción de la pensión de jubilación será incompatible con la realización de actividades, lucrativas o no, que den lugar a la inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, así como en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social".

2. La propia redacción y configuración de estas normas, y el contenido de las conexas que señalamos a continuación, proporciona respuesta a la cuestión casacional debatida, atendido el momento temporal en el que acaecía el hecho causante. Tanto el art. 165 LGSS, del que destacamos la referencia, en orden a la compatibilidad, de que el trabajo a realizar lo fuere a tiempo parcial, como de la remisión que opera el correlativo desarrollo reglamentario a los límites de jornada del art. 12.6 ET o al parámetro de trabajo a tiempo completo comparable (punto 1 del mismo precepto), determinaban la opción interpretativa de incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida al actor con el desempeño de una actividad encuadrable en el RETA, enervando la jubilación flexible postulada.

No puede adquirirse un corolario o deducción diversa de la dicción transcrita del art. 4 del citado Real Decreto 1132/2002, pues la hermenéutica de su contenido resulta circunscrita a la jubilación ya causada, es decir, a la obtenida en cualquiera de los regímenes de la seguridad, a excepción de los relatados en la DA 1ª (que no es el caso), y no a la actividad laboral que provocaría seguidamente el acceso a una jubilación flexible. Así lo corroboraba el riguroso texto (arriba copiado) del punto 2º del siguiente art. 5.

En esta interpretación sistemática procedía ubicar el art. 93 -rubricado de la Incompatibilidad-, de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que disponía como regla general que "1. El disfrute de la pensión por vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refieren los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966."



La regulación estricta de la incompatibilidad se infiere igualmente de la excepción que regula en el punto 2 del mismo art. 93: "El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio del que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, siempre que éste no implique una dedicación de carácter profesional." Supuesto este último que no consta sea el aquí acontecido. Antes al contrario, el capítulo fáctico revela que existió un desempeño profesional por parte del beneficiario jubilado, inicialmente encuadrado en el Régimen General y posteriormente modificado tras la actividad de la EG al constatar que el actor era miembro del Consejo de Administración de RESAMA, S.L., socio mayoritario y administrador único y que tenía el control efectivo de la sociedad propio del encuadramiento en el RETA, de conformidad con lo prevenido en la Disposición adicional vigésima séptima (Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos) del RD Leg 1/1994, y sobre el que operaba la imposibilidad de compatibilizarlo con la pensión de jubilación en curso.

Ciertamente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su Disposición adicional trigésima primera, intitulada "Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación", incorporó un apartado 4 en el mencionado art. 165 de la LGSS, con el siguiente contenido: "4. El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social". Pero del relato fáctico en modo alguno puede inferirse que el caso actual resulte incardinable en el supuesto que regula este precepto. Es concretamente el ordinal 3º el atinente al contrato de trabajo a tiempo parcial con la empresa RESAMA, S.L. obrante al folio 115, que tan solo integra la referencia la ocupación de "Directores generales y presidentes ejecutivos", sin ninguna información de índole económica. Tampoco la parte afectada ha alegado otros datos concretos que conformen y acrediten ese elemento, someramente alegado y sin el pertinente sustento fáctico, cuando la regla general de cobertura era la incompatibilidad descrita, residenciándose por ende en el solicitante de la prestación la necesidad de ofrecer soporte a su exclusión.

3. Es, en consecuencia, la sentencia de contraste la que sigue aquella interpretación terminológica y sistemática de los arts. 4 y 5 del RD 1123/2002, y 12 ET, reseñados, que deriva a la regulación del "contrato celebrado entre empresario y trabajador, y no el trabajo por cuenta propia, porque no cabe el alta parcial en el régimen especial que encuadra a estos trabajadores, ya que la actividad profesional de un autónomo, por su propia naturaleza, no está sometida en principio a límites temporales", en conexión a su vez con el alta única colegida también de los arts. 41 y 46 del RD 86/1996 de 26 de enero, por el que se aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Conteniendo la referencial la doctrina correcta, procede efectuar en tal dirección la unificación propia de este recurso y concluir que el actor no era tributario de la jubilación flexible que demandaba, tal y como había acordado la EG en resolución (incombatido HP 4º) sobre la antedicha incompatibilidad, suspensión y reclamación de ingresos indebidos en el periodo acotado por la misma, y que, por consiguiente, procede mantener.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones determinan, en línea con el informe emitido por el Ministerio Público, la estimación del recurso de casación unificadora, casando y anulando la sentencia impugnada. Resolviendo el debate planteado en suplicación, deberá estimarse el recurso de tal clase formulado por el INSS y la TGSS, revocando correlativamente la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

No procede efectuar pronunciamiento en costas (art. 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y la TGSS.

Casar y anular la sentencia de 2 de marzo de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 1ª, en el recurso de suplicación núm. 1136/2017 y resolviendo el debate planteado en suplicación, procede estimar el recurso de tal clase formulado por el INSS y la TGSS, revocando correlativamente la sentencia de 25 de mayo de 2017, dictada en autos 1027/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Madrid, y desestimando la demanda formulada por D. Abilio , sobre pensión de jubilación, absolvemos a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra.

No procede efectuar pronunciamiento en costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ