



Roj: **SJSO 3695/2018** - ECLI: **ES:JSO:2018:3695**

Id Cendoj: **33044440032018100030**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **209/2018**

Nº de Resolución: **358/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES ANDRES VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3

OVIEDO

DEMANDA (SSS) Nº: 209/2018

SENTENCIA Nº: 358/2018

En OVIEDO, a diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES ANDRÉS VEGA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de OVIEDO, tras haber visto los presentes autos sobre: **JUBILACIÓN ACTIVA**, seguidos entre partes:

Como demandante Dº Justino, que comparece representado por el Letrado Sr. Federico Fernández Álvarez-Recalde.

Como demandado el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, que comparece representado por la Letrada Sra. Sonia Cerezo Núñez.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 4 de abril de 2018, se presentó la demanda rectora de los autos de referencia en la que, tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho, solicita se dicte sentencia por la que se revoque y deje sin efectos la Resolución de fecha 12 de febrero de 2018 desestimatoria de la reclamación previa presentada frente a la resolución de fecha 27 de noviembre de 2017 de la Dirección Provincial del INSS, y en consecuencia se declare el derecho del actor a percibir una pensión de jubilación activa en cuantía del 100% de su Base Reguladora de 1.221,84 € y demás pronunciamientos que en Derecho sean pertinentes.

SEGUNDO .- En el acto del juicio celebrado el día 2 de julio de 2018, la parte actora se ratificó en su demanda pidiéndose de contrario su desestimación en base a las alegaciones que constan en la correspondiente Acta. Practicada la prueba propuesta con el resultado que consta en autos, las partes concluyeron insistiendo en sus respectivas pretensiones. Se aportó prueba documental.

HECHOS PROBADOS

1º) D. Justino, nacido el NUM000 -1952, afiliado al RETA de la Seguridad Social con el nº NUM001, solicitó el 30-10-17 pensión de jubilación activa, alegando que estaban encuadrados en el RETA él y su mujer, teniendo 3 trabajadores por cuenta ajena.



2º) La pensión se le deniega el 27-11-17 por el INSS con base en que no cumple los requisitos del art. 214.2 de la LGSS al no tener individual y personalmente contratado a ningún trabajador por cuenta ajena, sino que la entidad contratante es la sociedad en la que el solicitante desarrolla su actividad. F. 51 y 52 útiles.

3º) Interpuesta reclamación previa, fue parcialmente acogida por la entidad gestora INSS a medio de resolución de fecha salida 12-2-18, reconociéndole con efectos de 1.11.17 pensión de jubilación activa sobre B. Reguladora de 1.221,84 €, porcentaje por cotizaciones 100%, pensión inicial 1.221,84 €, cuantía jubilación activa: 50% = 610,92 €. Se le desestimó la concesión de la jubilación activa en cuantía del 100%.

La cuantía de la reconocida quedó fijada para 2018 en 614,45 € mes.

Se presentó la demanda el 4.4.18.

4º) Industrias Mecánicas Peralta S.L. ha tenido en alta de 1.1.17 a 31.12.17 a 4 afiliados distintos, Primitivo . (2-10-01 en adelante), Ruperto . (desde 7.7.2011 en adelante), Severiano desde 20-06-12 en adelante, Teodulfo en el período 11-5-16 a 10-5-17.

De 1.1.2018 a 29.06.2018 continúan en alta Primitivo , Ruperto y Severiano , con contratos tipo 100, 189 y 189 y gc 08.

Los contratos de Ruperto , Severiano , ... , inicialmente temporales se transformaron luego en indefinidos, actuando como representante de la mercantil contratante el hoy actor como administrador único de la sociedad.

5º) Fue nombrado administrador único de Industrias Mecánicas Peralta S.L. en Junta General de Socios del día 30-11-2001, por plazo o tiempo indefinido. Con anterioridad lo había sido (nombrado) por el plazo de 10 años.

6º) La sociedad limitada en cuestión se constituye merced a escritura notarial otorgada en Luarca el 5-10-93, concurriendo como socios fundadores:

- Don Justino , ingeniero técnico industrial casado en régimen legal de gananciales.
- Don Andrés , nacido en NUM002 /1926, jubilado y casado en régimen legal de gananciales con doña Noelia .
- Doña Paloma , nacida el mes de NUM003 /27, viuda (madre del hoy demandante), sin profesión especial.

7º) El actor y su madre vecinos (entonces al menos) de Luarca con distinta dirección, y, don Andrés vecino de Madrid.

Don Justino suscribió 80 participaciones sociales.

Don Andrés suscribió 80 participaciones sociales.

Doña Paloma suscribió 20 participaciones sociales.

El capital social se fijó en 9.000.000 ptas dividido en 180 participaciones sociales de 50.000 ptas de valor nominal cada una de ellas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Reza el art. 305 de la LGSS (extensión del RETA de la Seguridad Social) en su nº 2 que a los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial:

- a) Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.
- b) 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 de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. 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 concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. 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 consaguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2ª. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la 3ª parte del mismo.



3ª. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la 4ª parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

(...).

- c) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias (...).
- d) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que (...).
- e) Los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación (...).
- f) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes (...).
- g) Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, (...), que requiera la incorporación a un colegio profesional, (...).
- h) Los miembros del Cuerpo Único de Notarios.
- i) (...).
- j) (...).
- k) (...).
- l) Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado (...).
- m) (...).

Por su lado el *art. 214* de la LGSS (pensión de jubilación y envejecimiento activo) dispone lo que sigue:

«1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:

- a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1 a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
- b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por ciento.
- c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

2. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

No obstante, si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 100 por ciento.

La pensión se revalorizará en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento, excepto en el supuesto de realización de trabajos por cuenta propia en los términos señalados en el párrafo anterior.

3. El pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en que compatibilice la pensión con el trabajo.

4. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación. Igual restablecimiento se producirá en el caso de cese en la actividad por cuenta propia cuando no se dieran las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado 2.

6. Las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el disfrute de la pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en este artículo no deberán haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los 6 meses anteriores a dicha compatibilidad. La limitación afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción.



Una vez iniciada la compatibilidad entre pensión y trabajo, la empresa deberá mantener, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensionista de jubilación, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A este respecto se tomará como referencia el promedio diario (...).

No se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

7. La regulación contenida en este artículo se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente.

Las previsiones de este artículo no serán aplicables en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación».

SEGUNDO .- Los párrafos 2º y 3º del nº o apartado 2 del art. 214 LGSS, así como el apartado 5 de dicho precepto fueran redactados de conformidad con la D. Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

Dicha Ley en su preámbulo reconoce que articula una serie o conjunto de medidas con las que va a ser posible continuar incidiendo en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país, que constituye una de las señas definitorias del colectivo de emprendedores. Se revela así la voluntad o finalidad de la norma de facilitar la continuidad de los negocios regentados por autónomos que a su vez dan empleo ajeno.

En atención a ello, a que la interpretación que realiza la entidad gestora es restrictiva y no resultante del tenor literal de la norma, contraria a la finalidad legislativa misma de ella, procede acoger la pretensión demandante reconociéndole el derecho a lucrar la pensión de Jubilación Activa en el 100% de su base reguladora mensual acreditada de 1.221,84 € desde los efectos económicos reconocidos de 1.11.2017.

El precepto 214.2 LGSS no excluye a los trabajadores encuadrados obligatoriamente en el RETA por mor de lo previsto en el artículo 305.2 apdo b) del mismo texto legal, caso del demandante, sólo excluye de la totalidad del articulado (214) a los trabajadores que desempeñen un PT o alto cargo en el sector público (apartado 7º.2 del art. 214 LGSS).

Por otro lado, no se puede utilizar idéntico argumento para denegarle el reconocimiento de la pensión (incluso en el 50%) caso de la resolución de 27-11-17, y luego con acogimiento parcial de la R. Previa pasar a reconocérsele la cuantía de la jubilación activa en el 50%, pero denegándosele el 100% de su cuantía con soporte en el mismo argumento inicial: «"tener contratado" sólo puede imputarse a una persona individual» y en el caso del demandante "su inclusión en el citado régimen especial (RETA) viene determinada por su condición de socio mayoritario y administrador único de la mercantil Industrias Mecánicas Peralta S.L., entidad con personalidad jurídica distinta a la del trabajador autónomo individual". Se le dice que, en consecuencia, los trabajadores por cuenta ajena de la citada mercantil no están contratados por Usted como autónomo individual, sino por la entidad con personalidad jurídica propia y diferente o distinta en que desarrolla el actor su actividad, siendo ésta la que actuó como empresario ante la TGSS. F. 67 útil.

A lo anterior, cabe añadir que la propia DGOSS en Consulta de 21.3.18, aun sin valor vinculante pero con carácter orientativo o ilustrativo, ha sentado que los trabajadores autónomos cuyo alta en el RETA derive - como es el supuesto- de lo prevenido en el art. 305.2 de la LGSS, apartados b), c), d), e) y l), y acrediten haber celebrado un contrato de trabajo por cuenta ajena actuando como empresarios, podrán acceder a la nueva modalidad de jubilación activa contemplada en el artículo 214.2 del TRLGSS.

Obviamente en el caso del art. 305.2 b) LGSS, aun siendo el administrador único y socio mayoritario persona física encuadrada en el RETA por razón de dicha condición, y ello con carácter obligatorio legalmente, quien contrata por cuenta ajena es la sociedad limitada que tiene personalidad jurídica propia y separada de la de sus socios o partícipes, haciéndolo representada en dicho acto de contratación por la persona física administradora única de la mercantil, por lo que no cabe exigir en el caso que el administrador único de la mercantil limitada, hoy demandante, con funciones de gerencia y dirección de la mercantil, contrate con tercero por cuenta ajena como persona física o empresario individual, por cuanto su inclusión obligada en el RETA no viene dada por dicha última condición.



TERCERO .- Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de conformidad con lo dispuesto en los arts. 191 y 192 de la LRJS , de lo que se *advertedesde ya* a las partes, al ser las diferencias de pensión en cómputo anual superiores a 3.000,00 € -s.e.u.o. serían 8.552,88 €/año-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando la demanda formulada por don Justino contra el INSS, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir desde efectos económicos de 1.11.2017 pensión de Jubilación Activa en cuantía del 100% de su base reguladora mensual de 1221,84 €, sin perjuicio de las revalorizaciones de legal aplicación, condenando a la EG INSS demandada a estar y pasar por ello así como al abono al demandante de dicha pensión junto con los atrasos correspondientes.

Incorpórese esta sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia y notifíquese a las partes con indicación de que no es firme por caber contra ella **RECURSO DE SUPLICACION** , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dentro de los cinco días siguientes a su notificación, debiendo la Entidad Gestora al anunciar su recurso dar debido cumplimiento a las prevenciones del art. 230.2 c) de la LRJS , en otro caso se pondrá fin al trámite del recurso por ella articulado.

La presente resolución será firme una vez haya transcurrido el plazo para interponer Recurso de Suplicación sin haberlo anunciado ninguna de las partes, sin necesidad de declaración expresa por parte de este Órgano Jurisdiccional.

Así por esta mi sentencia definitiva, lo pronuncio, mando y firmo.

E./

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de este Juzgado de lo Social que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública con asistencia de la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.