



Roj: **STSJ AS 3791/2018 - ECLI:ES:TSJAS:2018:3791**

Id Cendoj: **33044340012018102798**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2018**

Nº de Recurso: **2239/2018**

Nº de Resolución: **2974/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Oviedo, núm. 3, 17-07-2018,  
STSJ AS 3791/2018**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 02974/2018**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2018 0001245

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002239 /2018**

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000209 /2018

Sobre: JUBILACION

**RECURRENTE/S D/ña** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** Arsenio

**ABOGADO/A:** FEDERICO FERNANDEZ ALVAREZ-RECALDE

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**Sentencia nº 2974/18**

En OVIEDO, a veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS,



D<sup>a</sup>. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002239 /2018, formalizado por el Sr. Letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 358 /2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de OVIEDO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000209 /2018, seguidos a instancia de Arsenio frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente la **ILMA. SRA. D<sup>a</sup> PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Arsenio presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 358 /2018, de fecha diecisiete de julio de dos mil dieciocho .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) D. Arsenio , 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, Felix . (2-10-01 en adelante), Gonzalo . (desde 7.7.2011 en adelante), Gumersindo desde 20-06-12 en adelante, Hermenegildo en el período 11-5-16 a 10-5-17.

De 1.1.2018 a 29.06.2018 continúan en alta Felix , Gonzalo y Gumersindo , con contratos tipo 100, 189 y 189 y gc 08.

Los contratos de Gonzalo , Gumersindo . , ... , 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 Arsenio , ingeniero técnico industrial casado en régimen legal de gananciales.
- Don Paulino , nacido en 12/1926, jubilado y casado en régimen legal de gananciales con doña Fidela .
- Doña Gema , nacida el mes de marzo/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 Paulino vecino de Madrid.

Don Virgilio suscribió 80 participaciones sociales.

Don Paulino suscribió 80 participaciones sociales.

Doña Gema 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.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D . Arsenio 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 1.221,84 euros, sin perjuicio de las revalorizaciones de legal aplicación, condenado 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".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 20 de setiembre de 2018.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 8 de noviembre de 2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la demanda formulada por don Arsenio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y declara su derecho a percibir con efectos económicos de 1 de noviembre de 2017 la pensión de jubilación activa en cuantía del 100% de su base reguladora mensual de 1.221,84 euros, sin perjuicio de las revalorizaciones de legal aplicación, condenando a la Entidad Gestora al abono de dicha pensión junto con los atrasos correspondientes. Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de esta Entidad Gestora, siendo impugnado de contrario.

**SEGUNDO .-** La parte recurrente considera que la actividad por cuenta propia a la que se refiere el artículo 214.2 LGSS , que permite compatibilizar el trabajo por cuenta propia con la percepción del 100% de la jubilación, cuando la actividad se realice por cuenta propia y se acredite que el trabajador autónomo haya contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena, se refiere al autónomo persona física, sin que pueda ser aplicado a los autónomos societarios, socios de las cooperativas de trabajo asociado que hubieran optado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el cónyuge del trabajador autónomo y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que trabajen de forma habitual con el mismo, convivan y estén a su cargo. No pueden ser beneficiarios de esta específica compatibilidad entre trabajo por cuenta propia y percepción de la pensión de jubilación, toda vez que están inhabilitados por si mismos para cumplir con esta obligación contractual laboral.

**TERCERO .-** El artículo 214 LGSS (pensión de jubilación y envejecimiento activo) en la redacción dada por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, dispone:

"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".

**CUARTO.-** La sentencia impugnada declara probados los siguientes hechos:

- D. Arsenio, afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, solicitó el 30 de octubre de 2017 pensión de jubilación activa, alegando que estaban encuadrados en el citado Régimen Especial él y su mujer, teniendo 3 trabajadores por cuenta ajena.

- La pensión se le deniega el 27 de noviembre de 2017 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con base en que no cumple los requisitos del artículo 214.2 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.

- Interpuesta reclamación previa, fue parcialmente acogida por la Entidad Gestora por resolución de fecha 12 de febrero de 2018, reconociéndole con efectos de 1 de noviembre de 2017, pensión de jubilación activa sobre un base 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%.

- Industrias Mecánicas Peralta S.L. ha tenido en alta de 1 de enero a 31 de diciembre de 2017 a 4 afiliados distintos, Felix (2 de octubre de 2001 en adelante), Gonzalo (desde 7 de julio de 2011 en adelante), Gumersindo (desde 20 de junio de 2012 en adelante), Hermenegildo en el período 11 de mayo de 2016 a 10 de mayo de 2017.



- De 1 de enero a 29 de junio de 2018 continúan en alta Felix , Gonzalo y Gumersindo , con contratos tipo 100, 189 y 189 y gc 08.
- Los contratos de Gonzalo , Gumersindo . , ... , inicialmente temporales se transformaron luego en indefinidos, actuando como representante de la mercantil contratante el hoy actor como administrador único de la sociedad.
- Fue nombrado administrador único de Industrias Mecánicas Peralta S.L. en Junta General de Socios del día 30 de noviembre de 2001, por plazo o tiempo indefinido. Con anterioridad lo había sido (nombrado) por el plazo de 10 años.

**QUINTO** .- La cuestión planteada se centra en determinar si "la actividad por cuenta propia" a la que alude el precepto en su número segundo se refiere al trabajador autónomo, persona física, o también incluye al administrador único, que realiza el contrato en nombre de una sociedad, caso del demandante.

El argumento que utiliza la Juzgadora de instancia para reconocerle el derecho que reclama (100% de la base reguladora) es su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por aplicación del artículo 305 LGSS: "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 )....

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".

Refrenda la Juzgadora este argumento con el hecho de 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".

**SEXTO** .- La jubilación activa ha seguido el siguiente desarrollo normativo. El Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo introduce a partir del 17 de marzo de 2013 la figura del pensionista activo, dentro del programa de medidas para contribuir a la sostenibilidad del sistema de pensiones, rebajando la factura del mismo y favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores que acceden a la jubilación.

Esta nueva modalidad establece la posibilidad de compatibilizar el disfrute de la prestación contributiva de jubilación con la realización de cualquier trabajo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena y bien sea a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

- El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, 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.
- El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100%.
- El trabajo que vaya a ejercerse de manera paralela al cobro de la pensión puede ser a tiempo parcial o completo. Así viene recogido en la ley pero el autónomo no puede cotizar a tiempo parcial. Quedan excluidas las jubilaciones anticipadas y las acogidas a bonificación.

Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo modifica los apartados 2 y 5 del artículo 214 LGSS en los términos más arriba indicados y da opción al trabajador autónomo de percibir hasta el 100% de su pensión siempre que tenga al menos contratado un trabajador por cuenta ajena.

El precepto dice textualmente: "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 jubilación activa, por tanto, es una opción vigente desde 2013 que permite al autónomo percibir hasta el 100% de su pensión al tiempo que continúa cotizando y cumpliendo con sus obligaciones fiscales para una retirada laboral definitiva incrementada económicamente.

**SEPTIMO** .- La interpretación del precepto, según criterio de esta Sala, lleva a conclusión diferente a la obtenida por la Juzgadora de instancia.

La posibilidad del cobro del 100% de la pensión cuando se es autónomo empleador ha de entenderse que se contemplaba únicamente para autónomos persona física.

Es trabajador autónomo o trabajador independiente o empresario individual, la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas.

El trabajo por cuenta propia y el trabajo autónomo no son lo mismo, porque, aunque todo trabajo por cuenta propia es autónomo, hay trabajos autónomos que pueden ser por cuenta ajena, de ahí que el artículo 305 LGSS disponga en su núm. 1 que, "Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años 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, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo".

El núm. 2 del mismo precepto, diferenciándolos de aquellos, establece que a los efectos de dicha ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial, entre otros:

"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....".

**OCTAVO** .- El requisito exigido solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en virtud del apartado 1º del artículo 305 LGSS . Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación. El propio argumento de la Juzgadora de instancia así viene a confirmarlo: "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". Según razona, quien contrata es la sociedad, no es, por tanto, el titular de la pensión de jubilación.

La medida no puede ser de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por su condición de societarios o entidades sin personalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 305.2 b), c), d), e ) y l) LGSS , ya que en estos supuestos la inclusión en el Régimen Especial viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de la de la trabajador autónomo.

Entender como hace la Juzgadora de instancia, que la contratación puede realizarse por el administrador único, incluido en Régimen Especial, que teniendo funciones de gerencia, dirección y representación actúa en nombre de la persona jurídica, y ello es válido a efectos de entender cumplido el requisito exigido por el artículo 224.2 LGSS , no es admisible pues también se incluyen en tal Régimen otras relaciones societarias y estos socios no tendrían la representación de la sociedad y no podrían realizar la contratación de tal manera.

**NOVENO** .- Aunque sin transcendencia para la resolución de la cuestión objeto de debate, dado que por la Juzgadora de instancia se hace referencia a esta circunstancia en apoyo de su pronunciamiento, señalar, que si bien es cierto que en un principio y según un criterio externo que no aparece recogido en ninguna normativa, la Administración -Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social-, consideraba que el autónomo societario también podría cobrar el 100% de su pensión, siempre que el trabajador contratado pertenezca al



Sistema Especial para Empleados de Hogar de la Seguridad Social, tal criterio, que no era vinculante, ya ha sido objeto de modificación el 25 de julio de 2018. En primer lugar, se revisa el último punto, señalándose que el contrato por cuenta ajena que ha de formalizar el autónomo que quiera compatibilizar el 100% de la cuantía de la pensión de jubilación con la actividad por cuenta propia, debe enmarcarse en la actividad por la que se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; y en segundo lugar, se establece que el precepto no se aplicará a los pensionistas de jubilación incluidos en el Régimen Especial por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de sociedades, al no tener la condición de empresarios.

Procede por lo expuesto la estimación del recurso y revocación de la sentencia impugnada.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Oviedo de fecha 17 de julio de 2018, dictada en los autos núm. 209/2018 seguidos a instancia de D. Arsenio, sobre Jubilación, revocamos dicha resolución y desestimando la demanda formulada, absolvemos a la Entidad Gestora de las pretensiones contra ella formuladas.

#### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.