



Roj: **STS 3264/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3264**

Id Cendoj: **28079140012021100782**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **2956/2019**

Nº de Resolución: **842/2021**

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

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Pontevedra, núm. 3, 19-09-2018 ,**
STSJ GAL 3350/2019,
STS 3264/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2956/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 842/2021

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha de 28 de mayo de 2019, recaída en su recurso de suplicación núm. 398/2019, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Federico contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social

D. Federico a través de su Letrada D^a Beatriz Cortés Vázquez se ha personado y ha presentado escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-1. Presentada demanda sobre pensión de jubilación por D. Federico frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, que dictó sentencia el 19 de septiembre de 2018, en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente:

PRIMERO. - El demandante en fecha de 12/9/91 constituye junto a su esposa la empresa Transportes Álvarez Blanco S.L. por mitad siendo ambos representantes de la misma. Actualmente dicha empresa cuenta con cinco trabajadores. El demandante se dio de alta en el RETA el 1/10/92.

SEGUNDO. - El actor solicitó el 15/11/17 la jubilación activa por realización de trabajos por cuenta propia que se desestima el 19/2/18. Interpuesta reclamación previa fue desestimada el 27/3/18".

2. En la parte dispositiva de dicha sentencia se dice lo siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por Federico contra el INSS y la TGSS debo absolverlos de los pedimentos deducidos en su contra manteniendo las resoluciones de 19/2/2018 y 27/3/2018 en sus estrictos términos".

SEGUNDO. - D. Federico, representado y asistido por su letrada D^a Beatriz Cortés Vázquez, presenta recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Coruña, quien dictó sentencia el 28 de mayo de 2019, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, dictada en autos seguidos a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación activa, la revocamos y, con estimación de las pretensiones de la demanda rectora de actuaciones, declaramos el derecho a la parte demandante a la compatibilidad total de su pensión de jubilación con el trabajo que viene realizando como autónomo, y, en consecuencia, condenamos a las partes demandadas, en sus respectivas responsabilidades, a abonarle el 100% de su pensión de jubilación en tanto mantenga la actividad y el nivel de empleo".

TERCERO. - 1. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recurrida. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de diciembre de 2018.

2. La letrada D^a Beatriz Cortés Vázquez, en nombre y representación de D. Federico, presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El Ministerio Fiscal en su informe interesa la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

CUARTO. - Mediante providencia de 24 de mayo de 2021, se designa nuevo ponente, por necesidades del servicio, al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y se fija como fecha de votación y fallo el 21 de julio de 2021, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en decidir si, la "actividad por cuenta propia", requerida por el art. 214.1 LGSS, para compatibilizar el 100% de la pensión de jubilación, se refiere únicamente al trabajador autónomo, persona física, que acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena o, por el contrario, incluye también al consejero o administrador de una sociedad mercantil, cuyo control efectivo ostenta, en la que ejerce, además, funciones de dirección o gerencia o realiza otros servicios para la misma, teniendo dicha sociedad contratados a varios trabajadores por cuenta ajena.

2. Consta en la sentencia recurrida que, el demandante constituyó en 1991 una sociedad limitada por mitad con su esposa, que emplea en la actualidad cinco trabajadores. El 1 de octubre de 1992 se dio de alta en el RETA. El 15 de noviembre de 2017 solicitó la jubilación activa por realización de trabajos por cuenta propia que el INSS le denegó alegando que no tenía la condición de empresario físico y su inclusión en el RETA era debida a su condición de consejero de la sociedad, que actúa como empresario ante la TGSS. En la instancia se desestimó la demanda. La sentencia recurrida ha estimado el recurso del actor, partiendo de que la contratación del trabajador la ha efectuado la sociedad para la cual el autónomo desempeña un trabajo y da lugar a su inclusión en el RETA, según lo establecido en el art. 305.2 b) LGSS, por tener el control efectivo de dicha sociedad. La sala interpreta el art. 214.2, segundo, y 5 y la disposición final 6^a bis LGSS en relación con la finalidad de la Ley 6/2017 en el sentido de que si es un jubilado ya autónomo que continua la actividad como tal (tiene el derecho a la compatibilidad plena porque todo el art. 214 LGSS es aplicable al RETA por expresa remisión del art. 318 d. LGSS) le obliga a mantener el nivel de empleo por simple lógica con la medida de política de empleo



que inspira la reforma legal. En definitiva, para la sentencia recurrida quien contrata puede ser un autónomo individual o un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad, lo que funda en una serie de razones relativas a la normativa internacional y europea; a una recomendación de la comisión de seguimiento del Pacto de Toledo; a la finalidad del RD Ley 5/2013; la reforma introducida por la Ley 6/2017 del art. 214 LGSS; y la intención legislativa de favorecer el envejecimiento activo.

3. El letrado del INSS ha elegido como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2974/2018, de 26 de diciembre (r. 2239/2018), en la que consta lo siguiente: el demandante, afiliado al RETA, solicitó la pensión de jubilación activa el 30 de octubre de 2017, alegando que él y su mujer estaban encuadrados en dicho Régimen y tenía tres trabajadores por cuenta ajena; desestimada inicialmente la petición porque la entidad contratante era la sociedad del actor, luego el INSS reconoció la pensión en un porcentaje del 50% de la base reguladora; el demandante era el administrador único de la sociedad. En la instancia se reconoció la pensión en cuantía del 100% de la base reguladora en atención a que el art. 214.2 LGSS no excluye a los trabajadores encuadrados en el RETA conforme al art. 305.2 b) LGSS, estando solo excluidos los trabajadores que desempeñen un PT o alto cargo en el sector público. Pero la sentencia de contraste revoca ese pronunciamiento afirmando que la posibilidad de cobrar el 100% de pensión solo está prevista para el trabajador autónomo persona física, porque son diferentes el trabajo por cuenta propia y el trabajo autónomo, y aunque todo trabajo por cuenta propia sea autónomo, hay trabajos autónomos que pueden ser por cuenta ajena como se deduce del art. 305.1 y 2. b) LGSS; es decir que "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". La sentencia recurrida refuerza su conclusión con el cambio de criterio adoptado por la dirección general de ordenación de la Seguridad Social el 25 de julio de 2018 estableciendo que el contrato por cuenta ajena que debe formalizar el autónomo para obtener el 100% de la pensión de jubilación compatible con la actividad por cuenta propia debe enmarcarse en la actividad por la que se dio de alta en el RETA; y en segundo lugar el precepto no se aplicará a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de sociedades al no tener la condición de empresarios.

SEGUNDO. - 1. El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. La Sala considera, al igual que el Ministerio Fiscal, que concurren aquí los requisitos, exigidos por el art. 219.1 LRJS, toda vez que, en ambos casos, se reclama la compatibilización del 100% de la pensión de jubilación por trabajadores autónomos, que ostentan dicha condición, porque acreditan la condición de administradores únicos y consejeros delegados de sociedades mercantiles, cuyo control ostentan, habiéndose acreditado que dichas mercantiles contrataron a trabajadores por cuenta ajena, estimándose dicha pretensión por la sentencia recurrida y descartándose por la sentencia de contraste.

TERCERO. - 1. El INSS articula un único motivo de casación, en el que denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 214.2.II LGSS, en relación con el art. 305.1 y 2.b del mismo texto legal.

2. El señor Federico ha impugnado el recurso de casación unificadora.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la procedencia del recurso.

CUARTO. - 1. La Recomendación de la OIT sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162), establece en su apartado 30:

"(1) En el curso de los años que preceden el fin de la actividad profesional, deberían ponerse en práctica programas de preparación para el retiro con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores y de otros organismos interesados [...]

(2) Tales programas deberían, en particular, permitir a los interesados hacer planes para su jubilación y adaptarse a esa nueva situación, proporcionándoles informaciones acerca de: [...] (b) las posibilidades y



condiciones de continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia."

2. La Recomendación del Consejo 82/857/CEE, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, invita a los Estados miembros a que reconozcan como uno de los objetivos de su política social, la implantación de la jubilación flexible y les recomienda la implantación progresiva de dicha jubilación flexible.

3. La Recomendación de 25/01/2011 del Pacto de Toledo (BOE 21/01/2011) propone que, "Hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral".

4. La jubilación activa fue regulada en el art. 2 del RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. En su art. 3 se estableció que, la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por 100 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.

Dicha regulación se incorporó al art. 214 LGSS, cuya versión inicial, decía:

"1. [...] 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 [...]

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 [...]

5. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación."

5. El preámbulo de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo precisa, entre sus objetivos, 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".

En su DA 5ª reguló la compatibilidad entre la realización de trabajos por cuenta propia con la percepción de una pensión de jubilación contributiva, para lo cual modificó el apartado segundo y quinto del art. 214 LRJS, que quedó redactado del modo siguiente:

"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 al 100 por ciento.

La pensión se revalorizará en su integridad 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."

"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."



Añadió, además, una disposición final sexta bis a la LGSS, que quedó redactada en los siguientes términos:

"Disposición final sexta bis. Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena.

Con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley."

Es claro, por tanto, que los requisitos constitutivos, para compatibilizar el 100% de la pensión de jubilación, son dos: a. Que la actividad, realizada por el jubilado, sea por cuenta propia y b. Que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, con base a dicha actividad por cuenta propia.

De este modo, se alcanzan dos objetivos, que justifican sobradamente la compatibilidad del 100% de la pensión de jubilación con la actividad profesional o económica por cuenta propia, como son la promoción del envejecimiento activo, impulsada expresamente por la normativa internacional ya citada, así como por la Recomendación 25/1/2011 de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo y asegurar que, el acceso a la compatibilidad del 100% de la pensión de jubilación garantice la contratación de, al menos, un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de uno de los contratos existentes. Se equilibra, de esta manera, el esfuerzo de la sociedad para posibilitar efectivamente la jubilación activa con una compatibilidad del 100% de la pensión de jubilación, siempre que la actividad del jubilado activo sea por cuenta propia y, que su jubilación asegure, al menos, la contratación de un trabajador por cuenta ajena o, en su defecto, el mantenimiento de un contrato de trabajo ya existente, cuyos costes corren exclusivamente por parte del jubilado, quien contribuye, con la prolongación de su vida activa, a paliar el grave problema de desempleo existente en nuestro país, así como a generar riqueza productiva.

QUINTO. 1. Llegados aquí, debemos despejar los límites de la "actividad por cuenta propia", exigida por el art. 214.2.II LGSS, para compatibilizar con la misma el 100% de la pensión de jubilación.

La resolución de dicho interrogante obliga a reproducir lo dispuesto en el art. 305.1 LGSS, que regula el ámbito del RETA en los términos siguientes:

1. 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.

Conviene reproducir, así mismo, su apartado 2.b, que incluye en el régimen especial a:

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:

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

3.º 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.

El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, dice lo siguiente:

1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas 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. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.



El apartado 2.2.c del artículo citado dice:

Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior:

c) 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, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

2. Las normas citadas, que regulan el ámbito del trabajo autónomo, así como su inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, distinguen claramente entre la regla general, que caracteriza al "autónomo clásico" e incluye a las personas físicas, mayores de edad, que realicen de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad profesional a título lucrativo, den o no ocupación a otros trabajadores, de las demás modalidades del trabajo autónomo, que se han ido integrando en el RETA a lo largo del tiempo.

Así, en el apartado 2.2.c LETA y en el art. 305.2.b LGSS se considera como trabajadores autónomos, razón por la que se les incluye en el RETA, a quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia propias del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa para una sociedad de capital, siempre que tengan el control efectivo de ésta, ya sea directo o indirecto.

La diferencia entre ambos tipos de autónomos es patente, toda vez que el autónomo clásico realiza su actividad profesional o económica de forma habitual personal y directa por su propia cuenta, asumiendo, por tanto, el riesgo y ventura en el devenir de su negocio. Por el contrario, el autónomo societario realiza también funciones de dirección o gerencia propias del cargo de consejero o administrador u otros servicios, a título lucrativo, de forma personal, habitual y directa, pero no lo hace por cuenta propia, sino para la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los riesgos del negocio, como se expresa literalmente en los preceptos examinados.

Es cierto que, el presupuesto necesario, para que estas actividades se incluyan en el ámbito del trabajo autónomo, así como su integración en el RETA, es el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad, pero dicha circunstancia activa su inclusión en el RETA, descartando, por tanto, su inclusión en el Régimen General, pero no comporta, de ningún modo, que dichas actividades se realicen por cuenta propia, puesto que, tanto el art. 2.2.c LETA, como el art. 305.2.b LGSS dejan perfectamente claro que las actividades, realizadas por el autónomo societario, se desempeñan para la sociedad.

Por consiguiente, el autónomo clásico, al trabajar por "cuenta propia", asume con su patrimonio personal todas las deudas de su negocio, incluidos salarios y cotizaciones de la Seguridad Social, respondiendo con sus bienes presentes y futuros (art. 1.111 CC). De este modo, la prolongación de su vida activa, con la correspondiente compatibilidad del 100% de su pensión de jubilación, comporta asumir un riesgo empresarial que, al contratar o mantener, al menos, a un trabajador, justifica plenamente dicha compatibilidad, puesto que equilibra el gasto del 100% de la pensión de jubilación con la creación o el mantenimiento de un contrato por lo menos.

No sucede lo mismo con el consejero o administrador de una sociedad de capital, aunque la controle efectivamente, puesto que se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que, en principio, no afecta a su patrimonio personal y no responde de los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social de los empleados de la sociedad, ya que no ostenta la condición de empresario de los mismos, por cuanto dicho papel corresponde a la propia sociedad de capital.

Consiguientemente, acreditado que el señor Federico ejerce funciones de administrador único de la sociedad mercantil citada más arriba, desempeñando funciones de dirección y gerencia para ella de manera habitual, personal y directa, debemos concluir que, dichas funciones se ejercen para la sociedad, que es quien recibe los frutos y asume los riesgos de sus negocios y no por cuenta propia, aunque la controle societariamente, puesto que dicho control no desactiva la personalidad jurídica de la mercantil, claramente diferenciada de la del citado señor. No cabe, por tanto, actuar bajo el amparo de una sociedad mercantil, con personalidad jurídica propia, para lo que es favorable (la limitación legal de responsabilidad para los socios o partícipes, art.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y soslayarlo para lo que pueda ser desfavorable.

3. Despejado que, las actividades, realizadas por el demandante para la mercantil reiterada, no se han ejecutado por cuenta propia, sino para la sociedad citada, debemos aclarar ahora, si reúne el otro requisito, exigido por el art. 214.2.II LGSS, consistente en tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta, a lo que vamos a adelantar una respuesta negativa.



Es así, porque ha quedado acreditado que, los trabajadores, relacionados en el hecho probado sexto, fueron contratados por la sociedad, como no podría ser de otro modo, toda vez que, el cumplimiento de los requisitos, exigidos por los arts. 2.2.c LETA y 305.2. b LGSS, justifica la condición de trabajador autónomo del demandante, así como su inclusión en el RETA, pero dichas circunstancias no comportan que, los contratos laborales, realizados por la sociedad, se le adjudiquen al demandante, aunque tenga control efectivo sobre la misma, puesto que la sociedad Transportes Álvarez Blanco, SL disfruta plenamente de su personalidad jurídica y fue dicha mercantil quien contrató a sus trabajadores, asumiendo los costes de dichas contrataciones. En efecto, la titularidad de las relaciones laborales, concertadas por la sociedad, le corresponde a ésta, quien ostenta la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios. La tesis contraria supondría vaciar de contenido su personalidad jurídica, no siendo admisible, por tanto, que el demandante asuma la condición de "empresario de hecho", porque controle la mercantil.

Como anticipamos más arriba, la finalidad de la reforma, operada por la Ley 6/2017, ha sido la de favorecer la conservación del nivel de empleo: que no se destruya empleo por el mero hecho de jubilarse el empleador, siendo esta la razón por la que se prima al jubilado con la compatibilidad del 100% de su pensión de jubilación con sus actividades profesionales o económicas por cuenta propia.

En efecto, la jubilación del empresario individual es causa de extinción de los contratos de sus trabajadores con una indemnización extintiva de solamente un mes de salario (art. 49.1.g) del ET). Por esa razón, el art. 214.2.II LGSS prevé excepcionalmente que, se puedan jubilar y percibir al mismo tiempo el 100% de la pensión de jubilación, para evitar que la jubilación de los empleadores que tienen la condición de personas físicas, cause la extinción de los contratos de sus trabajadores. De no ser así, cuando el empleador individual quisiera percibir íntegramente su pensión de jubilación, provocaría la extinción de los contratos de los trabajadores, salvo en caso de sucesión empresarial.

La creación o el mantenimiento del empleo equilibran el gasto de compatibilizar la pensión de jubilación con las actividades por cuenta propia, evitando, de este modo, la generación de un mayor número de parados.

No sucede lo mismo, cuando el empleador sea una persona jurídica, puesto que la jubilación de sus consejeros o administradores no provoca por sí misma la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, siendo necesario, por el contrario, la promoción de un despido colectivo u objetivo para la extinción de los contratos de trabajo de sus trabajadores con la indemnización extintiva correspondiente (art. 53.1.b ET).

Así pues, los objetivos, perseguidos por el art. 214.2.II LRJS - compatibilización del 100% de la pensión de jubilación con los ingresos de actividades profesionales o económicas por cuenta propia, cuyos gastos se compensan con la creación de, al menos, un puesto de trabajo, o el mantenimiento del mismo - solo son accesibles para el autónomo clásico, puesto que su actividad se realiza efectivamente por cuenta propia y el mantenimiento del empleo o, en su defecto, la creación de un puesto de trabajo, al menos, compensa el gasto público que comporta la compatibilidad de la pensión.

Por el contrario, no son aplicables al autónomo societario, porque su actividad no se realiza por cuenta propia, sino por cuenta de la sociedad y no se compensa por el mantenimiento del empleo, puesto que los trabajadores están contratados por la sociedad y la jubilación del consejero o administrador de la misma no constituye causa de extinción de los contratos.

4. Por estas razones, la Sala no comparte los criterios de la sentencia recurrida, por cuanto su admisión supondría la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo, ya que, si el empleador es una persona física, podrá compatibilizar el 100% de su pensión con sus actividades por cuenta propia, siempre que tenga contratados a uno o más trabajadores.

Por el contrario, si el empleador es una persona jurídica, la jubilación de su administrador o consejero, no afecta directamente a los contratos, porque el empleador no es el jubilado. Es más, de admitirse la tesis de la sentencia recurrida, podría suceder que, se jubilen varios socios y administradores sociales de una mercantil que tiene un único trabajador (por ejemplo, tres administradores solidarios que son titulares de la tercera parte del capital social cada uno), lo que conduciría a reconocerles a todos ellos sendas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta: la sociedad, lo que iría en contra del tenor literal de la norma.

Queremos resaltar, en todo caso, que la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia constituye una excepción a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista (art. 213.1 de la LGSS), lo que impide que pueda interpretarse extensivamente. Por lo demás, es revelador lo dispuesto en la DF 6ª LGSS, reproducida



más arriba, de la que se deduce que, de lege data, existe actividad por cuenta propia a la que no se aplica la compatibilidad plena del 100% de la pensión jubilación, quedando pendiente su regulación legal.

Nuestra conclusión no contradice la normativa internacional citada más arriba, ni las recomendaciones del Pacto de Toledo, puesto que el objetivo perseguido - promover la prolongación de la vida activa e incentivar la jubilación activa - no puede disociarse de la normativa que regula el acceso a la compatibilización del 100% de la pensión de jubilación, prevista exclusivamente para actividades por cuenta propia, que aseguren, el mantenimiento o la creación de empleo en los términos ya expuestos.

Finalmente, no cabe invocar el principio de igualdad del art. 14 CE entre los autónomos societarios y los autónomos que no han constituido una sociedad, porque no son términos de comparación homogéneos. En efecto, ni la jubilación del actor, que es autónomo societario, afecta al empleo; ni ostenta la condición de empleador, que tiene la mercantil; ni responde con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social derivadas de los trabajadores contratados por la empresa; a diferencia de lo que sucede con los autónomos que desarrollan su actividad actuando como persona física.

SEXTO. - Por las razones expuestas, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 28 de mayo de 2019, rec. 398/19, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Federico contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, desestimar el de tal clase, interpuesto por el señor Federico contra la sentencia de instancia, que confirmamos en todos sus términos, con la consiguiente absolución del INSS-TGSS. Sin 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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 28 de mayo de 2019, rec. 398/19, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Federico contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Federico contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.
2. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate de suplicación, desestimar el de tal clase, interpuesto por el señor Federico contra la sentencia de instancia, que confirmamos en todos sus términos, con la consiguiente absolución del INSS-TGSS.
3. Sin costas

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

Así se acuerda y firma.