



Roj: **STS 3262/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3262**

Id Cendoj: **28079140012021100780**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **4416/2019**

Nº de Resolución: **843/2021**

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

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Logroño, núm. 1, 11-03-2019,**

STSJ LR 473/2019,

STS 3262/2021

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4416/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 843/2021

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 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 La Rioja de fecha 10 de octubre de 2019, recaída en su recurso de suplicación núm. 101/2019, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 64/19 de fecha 11 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Logroño, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Elias contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

D. Elias se persona y presenta escrito de impugnación contra el recurso de casación para la unificación de doctrina a través de su Letrado D. Adrián Navas Martínez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-1. Presentada demanda sobre pensión de jubilación por D. Elías contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de Logroño, quien dictó sentencia el 11 de marzo de 2019, en sus autos núm. 386/2019, en cuyos HECHOS PROBADOS consta lo siguiente: "PRIMERO. - El actor, D. Elías, nacido el NUM000 de 1950, con DNI nº NUM001, número de afiliación a la Seguridad Social NUM002, y afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 23 de abril de 2012 fue declarado afecto de Incapacidad Permanente Total a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

SEGUNDO. - Mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 18 de enero de 2016, con fecha de efectos económicos de 6 de enero de 2016, se le reconoció pensión de jubilación a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Al tratarse de pensiones incompatibles, el actor optó mediante escrito de 5 de enero de 2016 por la pensión de jubilación al ser la más favorable. Para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación se computaron las cotizaciones tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión a la que renunció.

TERCERO. - Con fecha de 9 de noviembre de 2017 el actor comunicó al INSS el inicio de actividad laboral por cuenta ajena, simultánea a la condición de pensionista de jubilación, con fecha de inicio de la actividad el 9 de noviembre de 2017 y solicita acogerse a la jubilación activa, a efectos de incrementar el porcentaje hasta el 100%, por tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena.

CUARTO. - Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha de salida de 12 de febrero de 2018 se resuelve denegar dicha solicitud al comprobar que en la actualidad no tiene ningún trabajador contratado por cuenta ajena.

QUINTO. - Disconforme con la anterior resolución, el actor presenta reclamación previa, interesando, de manera subsidiaria, que se reconozca el cobro de la jubilación activa del 50%, la cual fue íntegramente desestimada por Resolución de 7 de mayo de 2018.

SEXTO. - Con fecha de 13 de julio de 2004 el actor y su esposa constituyeron mediante escritura pública la Sociedad Rafael Pérez Vergara Distribuciones, S.L., ostentando el actor 560 participaciones, y su esposa 5, cuyo objeto social es el comercio al por mayor de productos para el mantenimiento y funcionamiento del hogar. El actor ostenta el cargo de Administrador único de dicha sociedad.

En el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 16 de noviembre de 2018, la mercantil Rafael Pérez Vergara Distribuciones, SL tiene contratados a 6 trabajadores".

En la parte dispositiva de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "Estimando la demanda formulada por D. Elías frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

1. Revocar las Resoluciones de fecha de 12 de marzo de 2018 y 7 de mayo de 2018 de la Dirección Provincial del INSS de la Rioja.
2. Declarar el derecho del actor a percibir la pensión de Jubilación Activa en cuantía del 100% de su base reguladora mensual, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por ello, así como al abono al demandante de dicha pensión junto a los atrasos correspondientes".

SEGUNDO.- 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 interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Logroño, quien dictó sentencia el 10 de octubre de 2019, en su recurso de suplicación núm. 101/2019, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia nº 64/19 de fecha 11 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social nº 1 de Logroño, confirmando dicha resolución en su integridad".

TERCERO. - 1. 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, 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. El Letrado D. Adrián Navas Martínez en nombre y representación de D. Elías 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 25 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 día 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. La letrada del INSS interpone el presente recurso y plantea como punto de contradicción si, la compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la percepción del 100% de la pensión de jubilación regulada en el art. 214.2 LGSS, es aplicable a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA según lo dispuesto en el art. 305.2 b) LGSS, los denominados autónomos societarios.

El demandante inicial, nacido el NUM000 de 1950, optó el 5 de enero de 2016 por percibir la pensión de jubilación en lugar de la incapacidad permanente total que tenía reconocida con cargo al RETA, mediante resolución de la DP INSS de 23-04/2012, por ser aquella más beneficiosa. El 9 de noviembre de 2017 el actor le comunicó al INSS el inicio de actividad laboral por cuenta propia y solicitó acogerse a la jubilación activa por tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena. La entidad gestora denegó la solicitud al comprobar que el solicitante no tenía contratado trabajador alguno. El 13 de julio de 2004 el actor y su esposa habían constituido una sociedad limitada en la que aquel era titular de 560 acciones y su esposa de 5, ostentando el primero el cargo de administrador único de la sociedad. Durante el periodo de 1 de enero de 2017 al 16 de noviembre de 2018 la compañía tuvo contratados a seis trabajadores. Impugnada judicialmente la resolución del INSS, en la instancia se estimó la demanda declarando el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación activa en cuantía del 100% de la base reguladora mensual. La sentencia recurrida ha confirmado ese pronunciamiento examinando primeramente el preámbulo del RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, que introdujo la modalidad de jubilación activa y cuya regulación se incorporó a la LGSS/2015, concretamente el art. 214. La sentencia se refiere también a la ley 6/17 que modificó los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS a través de su disposición final quinta, introduciendo por una parte un nuevo párrafo en el punto 2: "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". Y el apartado 5 pasó a tener la siguiente redacción: "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". Al mismo tiempo se añadió una disposición final 6ª bis a la LGSS titulada "Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena", disponiendo que: "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". Seguidamente la sentencia recurrida interpreta el art. 214.2 LGSS en su sentido literal y destaca que se refiere únicamente a "realizar un trabajo por cuenta propia", requisito que cumplen tanto los sujetos incluidos en el ámbito del art. 1.1 Ley 20/07 como los comprendido en el art. 1.2 c) de la misma Ley, sin establecerse restricción alguna de que el contrato de un trabajador por cuenta ajena haya de formalizarse por la persona física jubilada como empresario individual, ni exceptuarse los casos en que el trabajo por cuenta ajena se presta para la sociedad mediante la cual el autónomo jubilado continúa desempeñando su actividad por cuenta propia. Y donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete. A la misma conclusión se llega, según la sentencia, atendiendo a la finalidad de la norma, que es incentivar el envejecimiento activo de los trabajadores por cuenta propia mediante la compatibilidad total de la pensión de jubilación con su actividad por cuenta propia.

3. La letrada 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 Elias 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 el 100% de la pensión de jubilación con dichas actividades.

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 concurran 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 propios 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. 305.2.2.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 Elias 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 controle societariamente a dicha sociedad, puesto que dicho control no desactiva la personalidad jurídica de la misma, 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 realizado por cuenta propia, sino para la sociedad ya 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 Rafael Pérez Vergara, 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.

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 en parte 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 La Rioja de fecha 10 de octubre de 2019, recaída en su recurso de suplicación núm. 101/2019, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 64/19 de fecha 11 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Logroño, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Elías contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el de tal clase, interpuesto por la Entidad Gestora contra la sentencia del Juzgado de instancia, que revocamos en su pronunciamiento sobre la pretensión principal de la demanda, absolviendo a la Entidad Gestora de dicha petición.

No así de la subsidiaria, toda vez que la Entidad Gestora descartó también la compatibilización del 50% de la pensión de jubilación, por cuanto el demandante, tras su declaración de I.P.Total, continuó cotizando en el RETA hasta el momento de su jubilación, de manera que, para causar el 100% de la jubilación ordinaria, como exige el art. 214.1 LGSS, debieron computarse las cotizaciones, utilizadas para la declaración de invalidez, que justificaban el reconocimiento de la pensión de jubilación, pero no el reconocimiento de la jubilación activa, sin que la Sala comparta dicho criterio.

No lo compartimos, aunque el art. 214.1 LGSS disponga, como requisito constitutivo para acceder a la jubilación activa, que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100%, como hemos mantenido en STS 13 de mayo de 2017, rcud. 2268/2015, por cuanto la norma examinada limita únicamente el acceso a la pensión, cuando no se haya cumplido la edad legal, lo que no sucede aquí, o cuando se trate de una jubilación acogida a bonificaciones o anticipaciones de edad, lo que tampoco sucede aquí, no existiendo ningún tipo de limitación, por el hecho de que el demandante hubiera disfrutado una pensión por I.P.Total, toda vez que continuó cotizando hasta alcanzar la edad, prevista en el art. 205.1.a LGSS, momento en el que optó por la pensión de jubilación, a la que accedió legalmente, cumpliendo, por tanto, todas las exigencias del art. 214.1 LRJS para compatibilizar el 50% de su pensión con su actividad como autónomo societario. 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 parcialmente 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 La Rioja de fecha 10 de octubre de 2019, recaída en su recurso de suplicación núm. 101/2019, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 64/19 de fecha 11 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Logroño, que resolvió la demanda sobre pensión de jubilación interpuesta por D. Elías contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Casar y anular en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar parcialmente el de tal clase, interpuesto por la Entidad Gestora contra la sentencia del Juzgado de instancia, que revocamos en lo que afecta a la petición principal de la demanda, absolviendo a la Entidad Gestora de dicho pedimento. No así de la petición subsidiaria de la demanda, que estimamos, declarando el derecho del demandante a compatibilizar el 50% de su pensión de jubilación con su actividad como autónomo societario, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.