



Roj: **STS 3204/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3204**

Id Cendoj: **28079140012021100754**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **1515/2020**

Nº de Resolución: **846/2021**

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

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 846/2021

Fecha de sentencia: 23/07/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1515/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. LA RIOJA SALA SOCIAL

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

Transcrito por: MCP

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1515/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 846/2021

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 (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en fecha 5 de marzo de 2020, en recurso de suplicación nº 32/2020, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Logroño, en autos nº 378/2019, seguidos a instancia de D^a Araceli contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha comparecido en concepto de recurrido D^a Araceli, representada y asistida por la Letrada D^a María Gemma Fernández Saavedra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de enero de 2020, el Juzgado de lo Social número Uno de Logroño, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda formulada por Dña. Araceli 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 23 de abril de 2.019 y 13 de junio de 2.019 de la Dirección Provincial del INSS de La Rioja.

2. Declarar el derecho de la actora 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 a la demandante de dicha pensión junto con los atrasos correspondientes."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO. La actora, Dña. Araceli, con número de afiliación a la Seguridad Social NUM000, y afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 2 de marzo de 2.018, con fecha de efectos económicos de 1 de marzo de 2.018, se le reconoció pensión de jubilación activa (50%) a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

SEGUNDO. Con fecha de 4 de abril de 2.019 la actora solicita ante la Dirección Provincial del INSS acogerse a la jubilación activa, a efectos de incrementar el porcentaje hasta el 100%, por tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena.

TERCERO. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha de 23 de abril de 2019 se resuelve denegar dicha solicitud al no desprenderse de los datos existentes en la TGSS la existencia de trabajadores por cuenta ajena a cargo del trabajador autónomo.

CUARTO. Disconforme con la anterior resolución, la actora presenta reclamación previa, la cual fue desestimada por Resolución de 13 de junio de 2.019.

QUINTO. Con fecha de 26 de febrero de 1.981, D. Olegario, Dña. Belinda, D. Pelayo y Dña. Camila, constituyeron mediante escritura pública la Sociedad TÉCNICAS EZQUERRO-CORRAL, S.A., suscribiendo la actora 45 acciones, su esposo D. Pelayo 5 acciones, D. Olegario, 45 acciones y su esposa Dña. Belinda, 5 acciones. Asimismo, a dicha fecha se acuerda formar el Consejo de Administración por los siguientes socios fundadores; D. Olegario, Dña. Camila, Dña. Belinda y D. Pelayo.

Tras el fallecimiento de su esposo en octubre de 2.002, mediante aceptación de herencia de fecha de 28 de marzo de 2.003, la actora adquiere las 100 acciones de su esposo en la mercantil TÉCNICAS EZQUERRO-CORRAL, S.A., de manera que a dicha fecha ostenta el 50% de las acciones de la mercantil.

En el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 2.017 y el 16 de julio de 2.019, la mercantil TÉCNICAS EZQUERRO-CORRAL, S.A, tiene contratados a 31 trabajadores por cuenta ajena."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada del INSS y de la TGSS, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, dictó sentencia en fecha 5 de marzo de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Que, estimando en parte y en parte desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia nº 8/2020 del Juzgado de lo Social nº 1 de Logroño, de fecha 10 de enero de 2020, recaída en autos promovidos contra las entidades recurrentes por Araceli, en reclamación sobre pensión de jubilación; debemos revocar y revocamos en parte



dicha sentencia ; declarando que el derecho de la actora a percibir la pensión activa en cuantía del 100% de su base reguladora mensual es con efectos retroactivos del 4 de enero del 2019."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 26 de diciembre de 2018 (recurso 2239/2018).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 21 de julio de 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El debate litigioso consiste en dilucidar si un autónomo societario tiene derecho a percibir la pensión de jubilación compatible con el trabajo en la cuantía del 100 por ciento. La demandante:

- a) es miembro del consejo de administración de una sociedad anónima (Técnicas Ezquerro-Corral SA),
- b) es titular de un 50% de las acciones (otros dos miembros del consejo de administración son titulares del 45% y del 5% restante),
- c) se ha jubilado activamente,
- d) la sociedad tiene contratados a 31 trabajadores por cuenta ajena.

La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha 5 de marzo de 2020, recurso 32/2020, declaró el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación activa en la cuantía del 100%.

2.- El INSS y la TGSS recurren en casación para la unificación de doctrina, formulando un único motivo en el que denuncian la infracción del art. 214.2, párrafo 2º en relación con el art. 305.1 y 2.b) de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). La parte recurrente alega que la demandante no reúne los requisitos legales para percibir la pensión de jubilación activa en la cuantía del 100% de la pensión.

La actora presentó escrito de impugnación del recurso solicitando la confirmación de la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal informó a favor de la procedencia del recurso.

SEGUNDO.- 1.- En primer lugar, debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS).

En el supuesto enjuiciado en la sentencia recurrida, se reconoció el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). La demandante comunicó al INSS el inicio de actividad laboral por cuenta propia, simultánea a la condición de pensionista de jubilación, solicitando acogerse a la jubilación activa con derecho al 100% de la pensión por tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena. La Entidad Gestora denegó su pretensión por no tener ningún trabajador contratado por cuenta ajena.

2.- La sentencia de contraste es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 26 de diciembre de 2018, recurso 2239/2016. El demandante, afiliado al RETA, solicitó la pensión de jubilación activa alegando que él y su mujer estaban encuadrados en dicho Régimen y tenía tres trabajadores por cuenta ajena. El actor era el administrador único de la sociedad y titular de 80 de las 180 participaciones sociales.

La sentencia referencial revoca la sentencia de instancia, que había reconocido la pensión de jubilación activa en la cuantía del 100% de la base reguladora.

3.- Concorre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS.

1) En ambas sentencias se está en presencia de autónomos societarios que solicitan pensión de jubilación activa con porcentaje del 100% de la pensión. Los actores tenían constituidas sociedades que contrataban a trabajadores.

2) Tanto en la sentencia recurrida como en la referencial se pretende el reconocimiento de pensión de jubilación en porcentaje del 100% desde el RETA.



3) Las dos sentencias interpretan el mismo precepto: el art. 214.2 LGSS, examinando idéntica controversia litigiosa: si procede reconocer la pensión de jubilación activa en el RETA y conforme a qué exigencias.

4) Los fallos son contradictorios. La sentencia recurrida reconoce el derecho a percibir el 100% de la pensión de jubilación activa, por considerar que no es preciso que la contratación de trabajadores se produzca por la persona física jubilada activamente, siendo posible también la contratación por la sociedad de la que forma parte la actora. Por el contrario, en la sentencia de contraste se deniega el 100% de la pensión de jubilación activa argumentando que solo procede reconocer ésta cuando el jubilado activo que contrata personas es persona física.

TERCERO.- 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 de enero de 2011 del Pacto de Toledo (BOE de 21 de enero de 2011) estatuye: "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.- El Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, instauró la jubilación activa, que permite compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación,
- b) que el porcentaje aplicable a la pensión causada alcance el 100%,
- c) realización de un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo o parcial.

El preámbulo de este Real Decreto Ley 5/2013 explica que la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia tiene como finalidad "favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores."

5.- La anterior regulación se incorporó a la vigente LGSS, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. La redacción inicial de su art. 214 establecía:

"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."



6.- La Ley 6/17, de 24 de octubre, explica en su preámbulo que pretende mejorar "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". Esa norma:

1) Añadió un párrafo al art. 214.2 de la LGSS:

"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."

2) Modificó el art. 214.5 de la LGSS:

"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."

3) Incorporó una disposición final sexta bis a la LGSS, titulada: "Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena", con el contenido siguiente:

"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."

7.- El art. 305.2.b) de la LGSS establece:

"2. A los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial:

[...] 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."

CUARTO.- 1.- La compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa (en la cuantía del 100%) con el trabajo exige dos requisitos, conforme al tenor literal del art. 214.2, párrafo 2º de la LGSS: realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena.

2.- En cuanto al primer requisito: realizar la actividad por cuenta propia, tanto el art. 305 de la LGSS como el art. 1 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante LETA) diferencian:

1) En su apartado 1 definen a los trabajadores autónomos como 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".

2) En su apartado 2, que incluye los autónomos societarios, dichas normas establecen:

a) El art. 305.2 de la LGSS dispone: "A los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial:"

b) El art. 2.2 de la LETA estatuye: "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".

Se trata de sendas ampliaciones del ámbito del RETA y de la LETA que mencionan supuestos muy heterogéneos distintos del concepto legal de trabajador autónomo establecido en el apartado primero de ambas normas, incluyendo entre ellos a los autónomos societarios.

3.- La diferencia entre el autónomo societario y el que ejerce su actividad actuando como persona física, denominado "autónomo clásico" por el preámbulo de la Ley 20/2007, afecta a su responsabilidad patrimonial. Estos últimos responden de sus deudas, incluidas las salariales con los trabajadores contratados y las



cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil). asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial. La prolongación de la vida activa supone asumir un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo.

Por el contrario, el citado consejero o administrador de una sociedad mercantil se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que en principio no afecta a su patrimonio personal, sin que él suscriba contrato alguno con ningún trabajador (en todo caso, lo suscribe representando a la empresa), ni responda de las deudas salariales, ni de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador contratado por la mercantil. Si quiere disfrutar de la compatibilidad plena entre pensión e ingresos, deberá desarrollar una actividad por cuenta propia actuando como persona física y no a través de una sociedad mercantil.

No cabe que se pretenda 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.

4.- Respecto del segundo requisito exigido por el art. 214.2, párrafo 2º de la LGSS (tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena) si la empresa es una sociedad mercantil, el empleador es la persona jurídica y no sus consejeros o administradores. La sociedad tiene una personalidad jurídica diferenciada con responsabilidad limitada. A título ejemplificativo y argumentativo, un administrador social de una sociedad limitada que es titular del 25% de las participaciones sociales está de alta en el RETA por aplicación del art. 305.2.b) de la LGSS. Pero ello no significa que haya contratado personalmente a los trabajadores de la sociedad limitada, ni que responda con su patrimonio personal de las deudas salariales, ni que asuma personalmente del riesgo y ventura de la actividad.

La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la sociedad le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus consejeros, administradores sociales o socios, por lo que no se cumple el citado requisito legal. La tesis contraria supondría ignorar la existencia de la persona jurídica.

En el supuesto enjuiciado la demandante, que era una autónoma societaria, no tenía contratado a ningún trabajador. Los contratos laborales los había suscrito la sociedad anónima Técnicas Ezquerro-Corral SA, que tenía la condición de empleador.

El hecho de que la actora controle la citada sociedad y, en consecuencia, esté afiliada en el RETA, no significa que tenga contratado a ningún trabajador. Ello supondría ignorar que existe una persona jurídica, la cual ha suscrito los contratos de trabajo, respondiendo con su patrimonio social, distinto del de sus socios y administradores sociales.

La cuestión controvertida radica en dilucidar si debe realizarse una interpretación del art. 214.2, párrafo 2º de la LGSS que incluya un supuesto que no está expresamente previsto en ella: el autónomo societario cuya mercantil tiene contratados a uno o varios trabajadores.

5.- 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. Debemos distinguir:

a) La jubilación del empresario que tiene la condición de persona física 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].

Para evitar que la jubilación de los empleadores que tienen la condición de personas físicas, cause la extinción de los contratos de sus trabajadores, el art. 214.2, párrafo 2º de la LGSS prevé excepcionalmente que se puedan jubilar y percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación íntegra.

b) Si en vez de tratarse de un empleador que tiene la condición de persona física, se trata de una persona jurídica, la extinción de su personalidad jurídica es ajena a la jubilación de sus consejeros y administradores sociales, articulándose mediante un despido colectivo u objetivo con la indemnización extintiva del art. 53.1.b) del ET.

En el supuesto enjuiciado, la jubilación de la actora, que es uno de los miembros del consejo de administración de la mercantil, en nada afecta a los trabajadores de la empresa, cuyos vínculos laborales se concertaron con una persona jurídica.

c) Es cierto que, en los casos de cotitularidad de la empresa sin forma societaria, la jubilación de uno de los cotitulares del negocio no es causa de extinción del contrato conforme al artículo 49.1.g) del ET, de forma que el despido del trabajador con motivo de dicha jubilación se califica de improcedente (sentencias del TS de 15 de abril de 1992, recurso 1713/1991 y 25 de junio de 1992, recurso 1844/1991).



Se trata de un supuesto específico en que la jubilación del empleador persona física no conlleva la extinción de los contratos de sus trabajadores porque hay otro cotitular. Dicho supuesto específico no desnaturaliza la causa de extinción de contratos de trabajo por jubilación del empresario prevista en el art. 49.1.g) del ET.

En definitiva, la jubilación de la actora, que es uno de los miembros del consejo de administración y titular del 50% del capital social, en modo alguno podría afectar al empleo, al subsistir la sociedad limitada.

6.- La tesis de la sentencia recurrida supondría la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo. En el caso de una persona física, el empleador es el jubilado. Si tiene contratados a uno o más trabajadores, tendrá derecho a la jubilación activa con el 100% de la pensión.

Por el contrario, si se trata de una persona jurídica, el empleador no es el jubilado. Puede suceder que se jubilen varios socios y administradores sociales de una mercantil que tiene un único trabajador (por ejemplo, cuatro administradores solidarios que son titulares de la cuarta parte del capital social cada uno). La tesis de la sentencia recurrente 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.

7.- 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.

8.- La disposición final sexta de la LGSS, introducida por la Ley 6/2017, prevé la "Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena. Con posterioridad [...] se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad".

Esta norma revela que, *de lege data*, existe actividad por cuenta propia a la que no se aplica esta compatibilidad plena con el 100% de la pensión de jubilación, sin que se haya producido hasta el momento reforma normativa en dicho sentido ampliatorio.

9.- Las recomendaciones efectuadas por la normativa internacional y europea instando a las legislaciones nacionales a posibilitar que las personas perceptoras de la pensión de jubilación puedan continuar una actividad profesional, son meras recomendaciones o invitaciones que no permiten eludir la normativa vigente en la actualidad, la cual impide que los trabajadores autónomos que ocupan cargos de consejeros o administradores de una sociedad capitalista puedan continuar desempeñando dicha actividad en iguales términos antes y después de su jubilación, sin efectuar ellos mismos contratación alguna por cuenta ajena, ni aplicar ninguna otra fórmula de fomento de empleo, y percibir el 100% de su pensión de jubilación activa.

10.- No puede invocarse el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución entre los autónomos societarios y los autónomos que no han constituido una sociedad porque no son términos de comparación homogéneos. 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.

QUINTO.- De acuerdo con lo razonado y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede estimar este motivo, casar y anular la sentencia recurrida, resolver el debate en suplicación en el sentido de estimar dicho recurso, revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda. No procede la condena al pago de costas (artículo 235 de la 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 la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2.- Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha en fecha 5 de marzo de 2020, recurso 32/2020.

3.- Resolver el debate en suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Logroño en fecha 10 de enero de 2020, autos nº 378/2019. Revocar la sentencia de instancia.



4.- Desestimar la demanda interpuesta por D^a Araceli contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin condena al pago de las costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ