



Roj: **STS 2716/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2716**

Id Cendoj: **28079140012023100398**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2023**

Nº de Recurso: **3794/2020**

Nº de Resolución: **423/2023**

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

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3794/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 423/2023

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 13 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 843/2020, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 13 de marzo de 2020, autos núm. 81/2020, que resolvió la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D. Casiano, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D. Casiano representado y asistido por la letrada D.^a Ana Isabel Abad Osle.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2020 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D. Casiano, nacido el NUM000 de 1953, afiliado a la Seguridad Social-Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con el nº NUM001, presentó solicitud de pensión de jubilación activa el 4 de junio de 2019, como consecuencia de compatibilizar la pensión de jubilación con la actividad médica de fisioterapia como trabajador autónomo en su condición de comunero de la comunidad de bienes DIRECCION000, CB, formada por los él y D.^a Gracia, que tiene actualmente tres trabajadores a su servicio.



SEGUNDO.- Mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 7 de junio de 2019 le fue reconocida pensión de jubilación activa en el RETA por cuantía líquida mensual de 401,20 euros, a razón de un 100% de su base reguladora de 802,40 euros mensuales, al acreditar 35 años y 203 días cotizados, en el 50% de su importe por seguir de alta en la actividad de autónomo, con efectos a 1 de julio de 2019.

TERCERO.- Interpuesta Reclamación Previa frente a la anterior Resolución en solicitud del reconocimiento de la pensión de jubilación en un importe del 100%, con fundamento en que tiene trabajadores asalariados a su servicio, dicha reclamación le fue expresamente desestimada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 20 de agosto de 2019.

CUARTO.- La base reguladora de la prestación que se reclama asciende a 802,40 euros mensuales y la fecha de efectos se fija el 1 de julio de 2019, por conformidad de las partes.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda presentada por D. Casiano contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de jubilación, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir pensión de jubilación activa en cuantía del 100% de su base reguladora mensual de 802,40 euros, condenando a la parte demanda a su abono con efectos a 1 de julio de 2019".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2020, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la Sentencia dictada en fecha 13 de marzo de 2020 por el Juzgado de lo Social número 2 de Gijón, en los autos seguidos a instancia de don Casiano frente al recurrente y a la Tesorería General de la Seguridad Social, y confirmamos la resolución recurrida.

No se hace expresa imposición de costas".

TERCERO.- Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 16 de junio de 2020 (R. 677/2019).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por letrada D.^a Ana Isabel Abad Osle en representación de la parte recurrida, D. Casiano, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de junio de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión suscitada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si tiene derecho a percibir la pensión de "jubilación activa", en el porcentaje del 100%, el trabajador autónomo, que forma parte de una comunidad de bienes, en un supuesto en el que dicha comunidad ha contratado a trabajadores por cuenta ajena.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Gijón estimó la demanda y reconoció el derecho del actor a la pensión de jubilación activa en la cuantía del 100% de la base reguladora. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de septiembre de 2020 (rec. 843/2020), confirmó la de instancia.

Consta que el actor, afiliado al RETA, solicitó pensión de jubilación activa como consecuencia de compatibilizar la pensión de jubilación con la actividad médica de fisioterapia como trabajador autónomo en su condición de comunero de una comunidad de bienes, la cual tiene tres trabajadores a su servicio. El INSS, mediante resolución de 7 de junio de 2019 le reconoció la pensión en el 50% de su importe por seguir de alta en su actividad como autónomo, con efectos del 1 de julio de 2019.



La sentencia recurrida reconoció el derecho del trabajador a percibir la prestación de jubilación activa en un porcentaje del 100%, por entender que son de aplicación los argumentos vertidos por la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2256/2018) que reproduce y que, en síntesis, considera que las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica distinta de la de sus comuneros, básicamente porque no limitan la responsabilidad societaria a su patrimonio, sino que la misma alcanza a las personas físicas que la forman, lo que implica que los titulares han de estar dados de alta como trabajadores autónomos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 305.1, d) de la LGSS; no obstante, los trabajadores por cuenta ajena al servicio de la comunidad de bienes lo son realmente de las personas titulares de dicha comunidad; de todo ello se concluye que se cumple el requisito del artículo 214.2 de la LGSS para que el demandante tenga derecho a lucrar el 100% de la pensión de jubilación, al considerarle empleador de trabajadores a su cuenta.

3.- Recurre en casación unificadora el INSS denunciando, en su único motivo de recurso, infracción de lo dispuesto en el artículo 214.2 LGSS en relación con lo dispuesto en el artículo 305 de la mencionada ley y con lo previsto en el artículo 1.1 y 2 ET. El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

SEGUNDO.- 1.- El recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de junio de 2020 (rec. 677/2019), que desestimó el recurso del trabajador y confirmó la sentencia desestimatoria de instancia. En el caso, el demandante constituyó una comunidad de bienes (oficina de farmacia), siendo el titular el 80%. La comunidad tiene tres trabajadores por cuenta ajena. El 26 de junio de 2018 solicitó pensión de jubilación activa con compatibilidad con su trabajo por cuenta propia; el INSS dictó resolución el 30 de junio de 2018 por la que se reconocía la pensión en cuantía del 50% por aplicación del artículo 214.2 de la LGSS.

La sentencia estimó que el hecho de que la responsabilidad de las comunidades de bienes sea de los socios que la integran, es una cuestión ajena a la problemática de seguridad social, ya que el artículo 214. 2 de la LGSS exige que la actividad se desarrolle por cuenta propia y que se tenga contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena, sin que los contratos de la comunidad de bienes puedan equipararse a la situación en que el trabajador autónomo sea el que responde de la totalidad de las deudas que pudieran generarse, por lo que el acceso al 100% sólo puede predicarse respecto de los empresarios personas físicas que estén dados de alta en el RETA por ser trabajadores por cuenta propia, pero no respecto del resto de los trabajadores autónomos del art. 305.2 de la LGSS, ya que en estos casos, el empresario para el que están dados de alta los trabajadores por cuenta ajena, es un empresario distinto, de manera que las relaciones laborales no se extinguen por la jubilación del trabajador autónomo.

2.- Del estudio de las dos sentencias comparadas se deduce la existencia de la identidad requerida por el artículo 219 LRJS, ya que en ambos casos se discute si el afiliado al RETA como trabajador autónomo, miembro de una comunidad de bienes, tiene derecho al acceso a la jubilación activa con un porcentaje del 100%, cuando el trabajador por cuenta ajena está contratado por la comunidad de bienes y no por la persona física.

Los fallos de las resoluciones comparadas son contrarios, dada la diferente interpretación que del artículo 214.2 LGSS hacen ambos TSJ. Así, la sentencia recurrida considera que, en el caso de los afiliados al RETA, miembros de una comunidad de bienes que tiene trabajadores por cuenta ajena contratados, se cumple el requisito establecido en el precepto indicado respecto de la necesidad de tener, al menos, un trabajador por cuenta propia contratado por el autónomo, por considerar que las comunidades de bienes no tienen personalidad jurídica propia y que los miembros de la misma responden personalmente los miembros de las deudas de la comunidad. Por el contrario la sentencia de contraste sostiene que es requisito necesario para conceder el 100% de la pensión en situación de jubilación activa que el trabajador autónomo contrate él mismo, como persona física, a los trabajadores por cuenta ajena, lo que no se cumple cuando el trabajador autónomo forma parte de una comunidad de bienes, en primer lugar porque es ésta la que establece la relación contractual con el trabajador por cuenta ajena y, en segundo lugar, porque la jubilación del autónomo que es miembro de una comunidad de bienes, no extingue de por sí las relaciones laborales de los trabajadores por cuenta ajena de la comunidad.

TERCERO.- 1.- La cuestión aquí debatida ya ha sido resuelta por el pleno de la Sala en las SSTS 119/2022 y 120/2022, ambas de 8 de febrero, dictadas en los recursos 3087/2020 y 3930/2020, respectivamente, a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, no existiendo, además, argumentos o razones que aconsejen una modificación de nuestra jurisprudencia. De tal doctrina que, de inmediato reiteraremos, se deduce que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste.

2.- En efecto, en nuestras referidas sentencias establecimos que un comunero, participe de una comunidad de propietarios, aunque deba estar de alta en el RETA no es el empresario de los trabajadores empleados



por la Comunidad de Bienes, situación que, contractualmente, ostenta la referida comunidad. Así, tras hacer amplia referencia a la normativa aplicable y a los diversos pronunciamientos anteriores en los que la Sala se había ocupado de la interpretación del artículo 214.2 LGSS, determino que la persona demandante, no era una autónoma administradora o consejera de una sociedad mercantil, que hubiera contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es una autónoma, que pertenece a una comunidad de bienes, que es la que ha efectuado la contratación de trabajadores por cuenta ajena. Conclusión que basamos en las siguientes razones:

A) Literalidad de la norma. Por encima de cualquier otra consideración, hay que poder de relieve que la LGSS permite la compatibilidad en estudio a la persona que desarrolle una actividad "por cuenta propia" y que tenga "contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena". Los términos antagónicos remiten a las normas en que aparece definida la actividad desarrollada por cuenta ajena y, tratándose de relaciones de Derecho Privado, es seguro que "trabajador por cuenta ajena" equivale a la persona que desarrolla actividad en las condiciones descritas por el ET. Es la norma laboral por antonomasia la que ha identificado a la comunidad de bienes como empleadora (que no a sus comuneros), del mismo modo que ha delineado un régimen singular para la persona física que actúa empresarialmente. Por tanto, lo que la LGSS está pidiendo es que la misma persona que percibe la pensión de jubilación sea la que aparece ante el mundo del Derecho como empleadora, no un ente distinto, posea o no existencia dotada de personalidad jurídica.

B) Carácter excepcional de la jubilación activa plena. Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 2021 (SSTS 842/2021, 844/2021 y 845/2021), "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 (Artículo 213.1 LGSS) lo que impide que pueda interpretarse extensivamente". En casos, como el presente, en que no concurre formal y materialmente la condición exigida (identidad entre persona jubilada y persona empleadora), consideramos aplicable esta regla hermenéutica.

C) Interpretación sistemática. La DF sexta bis LGSS, introducida por la Ley 6/2017, dispone 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". Como exponen nuestras reseñadas sentencias de 23 de julio de 2021, la 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. Es el legislador quien, de forma expresa, está manifestando el deseo de que los casos no incorporados expresamente a tan excepcional régimen de compatibilidad vayan siendo contemplados de manera expresa, no mediante analogía o interpretación extensiva.

D) Concordancia con la condición empleadora de la comunidad de bienes. Que la contratación laboral realizada por una comunidad de bienes no puede aprovechar a sus comuneros a los efectos de la jubilación activa es nuestra conclusión. Viene exigida por la necesidad de dar una respuesta concordante con cuanto venimos manifestado acerca de la imposibilidad de que la jubilación de una persona cotitular de la empresa sea invocada a efectos de jubilación.

Esto es, si aparece como empleadora una comunidad de bienes, las circunstancias psicofísicas que afecten a uno de los comuneros (muerte, incapacidad, jubilación) no pueden subsumirse en el artículo 49.1 g) ET. Del mismo modo, las actuaciones de la comunidad de bienes (en este caso, emplear o mantener el empleo de tres personas) tampoco pueden entenderse realizadas por uno comunero concreto o por varios de ellos, sin perjuicio de las responsabilidades que les alcancen.

E) La necesaria conexión entre persona jubilada y empleadora. Como exponen nuestras reiteradas sentencias de 23 de julio de 2021, hay que subrayar 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".

Además, de admitirse la tesis contraria, podría suceder que se jubillasen varios comuneros simultáneamente y la comunidad de bienes tenga contratado un único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos



sus respectivas pensiones con compatibilidad plena, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la comunidad de bienes, lo que iría en contra del tenor literal de la norma. También podría suceder que se jubilara un comunero, teniendo la comunidad contratada a una persona por cuenta ajena y solicitara la pensión de jubilación activa con el 100%, una vez que le ha sido concedida, se jubila un segundo comunero y solicita asimismo la pensión de jubilación activa, apelando al hecho de que la comunidad ya tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena y no hay razón alguna para adjudicar dicha contratación al comunero que se jubiló primero, ya que los dos ostentan los mismos derechos en la comunidad.

F) Es la comunidad de bienes quien posee la condición de empleadora. La claridad con que el artículo 1.2 ET identifica a la comunidad de bienes como posible empleadora, a efectos laborales constituye un argumento cuya solidez no vemos cómo podría cuestionarse. La titularidad de las relaciones laborales concertadas por la comunidad de bienes le corresponde a ésta, ostentando por ello la posición de empleadora, no a sus integrantes, por lo que no se cumple la exigencia del artículo 214.2.II LGSS. La tesis contraria supone tanto como desconocer o neutralizar la existencia de la comunidad de bienes. Por tanto, el pensionista recurrente no tiene contratada a persona alguna como trabajadora para auxiliarle en la llevanza de la explotación agraria. Las personas empleadas poseen como contraparte de sus relaciones laborales a la comunidad de bienes, sin que sea relevante (tampoco debatido aquí) que el interesado sea quien posea, de facto, la capacidad de organizar y dirigir el negocio.

3.- En conclusión: a efectos de lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2.II LGSS) no es válida la contratación laboral que discurre entre la comunidad de bienes (en actividad de fisioterapia, constituida por pensionista y una compañera) y la plantilla.

CUARTO.- Lo expuesto conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase, lo que implica revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda del actor, confirmando la resolución del INSS. Sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 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 Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.
- 2.- Casar y anular la sentencia recurrida dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 843/2020.
- 3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase formulado por el INSS y, al efecto, revocar y dejar sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 13 de marzo de 2020, autos núm. 81/2020.
- 4.- Desestimar la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D. Casiano , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.