



Roj: **STSJ NA 111/2019 - ECLI: ES:TSJNA:2019:111**

Id Cendoj: **31201340012019100097**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2019**

Nº de Recurso: **101/2019**

Nº de Resolución: **100/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMA. SRA. D^a CARMEN ARNEDO DIEZ

PRESIDENTA

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTICINCO DE MARZO de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 100/2019

En el Recurso de Suplicación interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4 de Pamplona/Iruña sobre PENSIÓN DE JUBILACIÓN ACTIVA, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social nº CUATRO de los de Navarra, se presentó demanda por don Luis Miguel , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que, previa estimación de la demanda, acuerde incrementar al 100 por 100 la pensión de mi jubilación, en los términos solicitados.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Luis Miguel contra el INSS y TGSS, resulta procedente revocar las resoluciones administrativas impugnadas, declarando el incremento del 100% de la pensión de jubilación, con efectos de 6/11/2017".

CUARTO : En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- D. Luis Miguel , nacido el día NUM000 /1948, con DNI NUM001 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 . El demandante está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, desde el 1 de octubre de 1985, dirigiendo una autoescuela en la localidad de Peralta (Navarra).- El 1 de enero de 2014, accede a la jubilación en su modalidad de jubilación activa.- El 2 de enero de 2002, el demandante constituye una sociedad irregular junto con su esposa, a Dña. Jacinta , para continuar ejerciendo la actividad de enseñanza en la conducción



de vehículos, actuando bajo el nombre comercial Felipe Álvarez Sayes y Petra María Jiménez Jiménez.- El demandante y su esposa emplearon al trabajador por cuenta ajena, Don Basilio , que presta sus servicios en dicha sociedad desde el 21/01/2013.- SEGUNDO.- El 7 de noviembre de 2017, el demandante, solicitó el incremento de la pensión de jubilación al 100 %, por compatibilidad plena de jubilación y trabajo.- TERCERO.- Con fecha de 18 de diciembre de 2017, le fue notificada la resolución dictada por la Directora Provincial de Navarra del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se le niega el incremento solicitado, alegando que el solicitante no cumple los requisitos de aplicación del Art. 214.2 de la LGSS en relación con el Art. 305 de la LGSS , ya que la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del autónomo, entidad que, en virtud de su personalidad jurídica propia, actúa como empresario ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Al no ser empleador, como persona física, de ningún trabajador por cuenta ajena, es por lo que se le deniega la compatibilidad del 100% de la pensión, con el trabajo por cuenta propia.- CUARTO.- El 30 de enero de 2018, el demandante interpuso reclamación previa frente a la citada resolución, desestimándose nuevamente la reclamación, mediante resolución del INSS con fecha de salida de 5/02/2018.- QUINTO.- En caso de estimación de la demanda, el demandante tendría derecho al incremento del 100% de la pensión de jubilación, con efectos de 6/11/2017".

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada del codemandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, se formalizó mediante escrito en el que se consigna un único motivo, al amparo del artículo 193.c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo 214.2 del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social , en la redacción dada por la D.F. 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre , en relación con lo establecido en el artículo 305.1 del mismo cuerpo legal .

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada del demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia estimó la demanda deducida por D. Luis Miguel declarando el incremento al 100% de la pensión de jubilación activa que tenía reconocida.

Frente a dicho pronunciamiento se alza en Suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de un solo motivo, correctamente formulado por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , donde denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 214.2 de la Ley General de la Seguridad Social , aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, y posterior redacción dada por la Disposición Final 5ª de la Ley 6/2017, de Reforma Urgente del trabajo autónomo, del propio texto legal promulgado por la Ley 6/2017, así como de lo dispuesto en el artículo 305.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social .

SEGUNDO: Conforme al artículo 214.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social los Pensionistas de jubilación que en fecha 26 de octubre de 2017 estuvieran compatibilizando el percibo del 50 por ciento del importe de la pensión y la realización de una actividad por cuenta propia, al amparo de la redacción del artículo 214.2 TRLGSS anterior a dicha fecha, si se acredita la contratación de un trabajador por cuenta ajena, aunque la entrada en vigor del contrato hubiera tenido lugar antes del 26 de octubre de 2017, podrá incrementarse hasta el 100 por ciento el importe de la pensión compatible con la actividad por cuenta propia, previa solicitud del interesado. Los efectos de dicho incremento se producirán desde la fecha en que concurrieran todos los requisitos exigidos para esa compatibilidad del 100 por ciento, con una retroactividad máxima de tres meses anteriores a la fecha de la solicitud (artículo 53.1 del TRLGSS), y nunca antes de 26 de octubre de 2017.

Lo anterior determinará que, quienes de acuerdo con el artículo 214 TRLGSS, tengan derecho durante el mes de octubre de 2017 a compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia, y acrediten tener un trabajador por cuenta ajena, podrán hacerlo hasta el 50 por ciento de su cuantía desde el día 1 al 25 y hasta el 100 por ciento a partir del día 26, todos ellos del citado mes.

En todos los demás supuestos, la compatibilidad de la pensión de jubilación con la realización de una actividad por cuenta propia al amparo del artículo 214.2 TRLGSS, podrá ser solicitada por quien ya tuviera la condición de pensionista de jubilación o por quien, sin tener la condición de pensionista, quisiera acceder a la misma compatibilizando el percibo de la pensión con la realización del trabajo por cuenta propia.

En estos supuestos, de concurrir los requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 214, procederá reconocer la compatibilidad en el 50 por ciento o en el 100 por ciento (si se acredita la contratación de al menos un trabajador por cuenta ajena), con los efectos económicos que en cada caso correspondan conforme a las reglas generales, que no han sido modificadas.



La compatibilidad del 100 por ciento de la cuantía de la pensión de jubilación con la actividad por cuenta propia, sólo procederá durante el periodo en el que concurran simultáneamente los requisitos exigidos en el párrafo segundo del artículo 214.2 del TRLGSS, es decir, el alta del pensionista en el RETA y la vigencia del contrato por cuenta ajena. En el caso de que ambos requisitos no se mantengan durante todo el mes, se abonará el 100 por ciento de la cuantía de la pensión de jubilación durante el periodo en que concurran ambos, y el 50 por ciento de dicha cuantía cuando solo concorra el trabajo por cuenta propia del pensionista.

Pues bien, el actor, afiliado al RETA, es pensionista de jubilación activa y tiene reconocida desde enero de 2014 la compatibilidad de la pensión con su trabajo por cuenta propia. El 7 de noviembre de 2017 solicitó el incremento de la pensión al 100% por compatibilidad plena. Además es socio, junto con su esposa, de una autoescuela y tienen un trabajador por cuenta ajena desde el 21 de enero de 2013.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social le denegó el reconocimiento del citado incremento por entender que el demandante no era empleador persona física de ningún trabajador por cuenta ajena.

De esta forma la cuestión litigiosa consisten en determinar si para poder acceder a la plena compatibilidad (100%) el precepto exige que la contratación de trabajadores por cuenta ajena lo sea como empresario persona física y no a través de una sociedad mercantil.

En consonancia con el criterio que ya mantuvimos en nuestra reciente sentencia de 14 de febrero de 2019 (rec 44/19) entendemos que una interpretación literal de la norma nos lleva a concluir que este requisito 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 por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) en virtud del apartado 1 del artículo 305 del TRLGSS. Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación. Y es que el artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social habla específicamente de que el pensionista realice un trabajo por cuenta propia y acredite tener contratado "el pensionista" a un trabajador por cuenta ajena.

Esta es, también, la interpretación que hace la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid) en sentencia de 6 de noviembre de 2018 (rec. 1179/18) considerando que aun cuando el artículo 214.2 de la Ley General de la Seguridad Social no distingue entre autónomo persona física y autónomo societario, sin embargo el espíritu de la Ley 6/2017 y su preámbulo es el de favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, y este aspecto negativo de la jubilación del empresario sólo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa.

Las anteriores consideraciones determinan la estimación del recurso, la revocación de la sentencia recurrida y, finalmente, la desestimación de la demanda origen de estas actuaciones

TERCERO: No procede la condena en costas (artículo 235 L.R.J.S . y artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de Suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº Cuatro de los de Navarra, en el Procedimiento Nº 226/18, debemos REVOCAR y REVOCAMOS la misma y en su lugar, DESESTIMAMOS la demanda deducida por D. Luis Miguel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE JUBILACIÓN ACTIVA. Sin condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la Entidad Gestora, si recurre, acreditar que continua el pago de la prestación y que lo proseguirá mientras dure la tramitación del recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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