



Roj: **STS 2626/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2626**

Id Cendoj: **28079140012023100388**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2023**

Nº de Recurso: **1744/2020**

Nº de Resolución: **429/2023**

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

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 429/2023**

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1744/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

Transcrito por: rhz

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1744/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 429/2023**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 14 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 (INSS) representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia



del País Vasco en recurso de suplicación nº 81/2020, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2019, aclarada por auto de 27 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, en autos nº 221/2019, seguidos a instancias de D. Ismael contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Ismael representado por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y asistido por el letrado D. Víctor Juan González Prieto.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Rosa María Virolés Piñol.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de octubre de 2019, el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMAR la demanda presentada por Ismael frente a INSS Y TGSS, reconociendo al trabajador el derecho a la jubilación activa en un porcentaje del 100% sobre una base reguladora de 1.503,28 euros y con fecha de efectos de 1-12-2018, condenando al INSS y la TGSS a pasar por esta declaración y a abonar la diferencia de pensión respecto al porcentaje reconocido."

Con fecha 27 de Noviembre de 2019, se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "1.- SE ACUERDA rectificar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 15/10/2019 en el sentido de que debe constar tanto en los antecedentes de hecho, en el hecho probado primero y en el fallo de la sentencia D. Ismael ."

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

"PRIMERO.- D. Ismael , insta solicitud de jubilación activa desde el RETA, lo que le es reconocido por Resolución de 13.11.18 en un porcentaje del 50% con efectos a 1.12.18 y base reguladora de 1.503,28 euros.

SEGUNDO.- El demandante constituye una sociedad civil " María Dolores y Ismael " el 1.2.07 para la elaboración y venta de productos de confitería y pastelería; teniendo contratada a una persona por cuenta ajena desde esa fecha , siendo la sociedad civil constituida una sociedad irregular al tener por objeto la explotación de una actividad mercantil.

TERCERO.- Intentada reclamación previa frente a la resolución dictada la misma fue desestimada por resolución de 4.12.18."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia de 15 de Octubre de 2019 del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, en autos nº 221/19, confirmando la misma en su integridad."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la representación letrada del INSS 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 TSJ de Navarra, de fecha 25 de marzo de 2019, rec. suplicación 101/2019.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado improcedente.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de junio de 2023, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Es objeto del presente recurso la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 4 de febrero 2020 (Rec. 81/2020) que desestima el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia de instancia que es confirmada en su integridad, que reconocía el derecho a la jubilación activa de la beneficiaria de la Seguridad Social.

**2.** En dicha sentencia constan los hechos probados siguientes:



- 2.1. El demandante instó solicitud de jubilación activa desde el RETA, lo que le fue reconocido por Resolución del INSS de 13 de noviembre de 2018 en un porcentaje del 50%.
- 2.2. El demandante tenía constituida desde el 1 de febrero de 2007 una sociedad civil " María Dolores y Ismael " para la elaboración y venta de productos de confitería y pastelería, teniendo contratada a una persona por cuenta ajena desde esa fecha, siendo la sociedad civil constituida una sociedad irregular al tener por objeto la explotación de una actividad mercantil.
- 3.- A juicio de la Sala de la sentencia recurrida, reiterando lo expuesto en sentencias anteriores sobre este mismo debate jurídico, existe una responsabilidad patrimonial personal de la propia demandante, con respecto a las deudas que se originen para con los trabajadores, lo que le lleva a afirmar a la Sala de Suplicación, que debe afirmarse que realmente son trabajadores suyos, y no exclusivamente de la sociedad. Este es el argumento que se ha empleado para aseverar la misma conclusión con respecto a los autónomos integrados en una comunidad de bienes para reconocerles el derecho al 100% de la pensión de jubilación activa, argumento que, por la misma "ratio decidendi", se extiende al caso que ahora ocupa.
- SEGUNDO.-** 1.- Contra la referida sentencia, el INSS demandado interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, articulándolo un único motivo de recurso, y designando como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 25 de marzo de 2019 -Rec. 101/2019-, que estima el recurso de suplicación formulado por el INSS frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.4 de Navarra, autos 226/2018, que la revoca y declara no haber lugar a prestación de jubilación del beneficiario en el 100% de su base reguladora.
2. En dicha referencial, constan como hechos relevantes que. el beneficiario está afiliado al RETA, es pensionista de jubilación activa y tiene reconocido desde enero 2014 la compatibilidad de la pensión con su trabajo por cuenta propia. En 2017 solicitó el incremento de la pensión al 100% de la base reguladora por compatibilidad plena y es socio, junto con su esposa, de una autoescuela que tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena. La Sala resuelve no reconocer al pensionista el 100% de la base reguladora por no concurrir los presupuestos exigidos el artículo 214.2 TRLGSS ya que la auténtica empleadora del trabajador por cuenta ajena es la autoescuela que tiene persona jurídica propia.
- 3.- 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 IV 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.
- 4.- De lo ya expuesto deriva con claridad que entre las sentencias confrontadas existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.
- Ante esa similitud de hechos, de pretensiones y de regulación a cuyo amparo se formulan, las resoluciones contratadas albergan soluciones contradictorias. La sentencia recurrida concede el 100% de la pensión de jubilación activa, mientras que la referencial deniega ese mismo derecho a la jubilación activa plena.
- Es intrascendente que la entidad que contrata al trabajador es una sociedad civil, sociedad irregular, y no una comunidad de bienes, aunque la Sala de la sentencia recurrida se encomienda a su propia doctrina ya construida sobre el supuesto de que el ente que contrate sea una comunidad de bienes.
- El debate se concentra en determinar si la contratación ha de efectuarse por la "persona física" o, en su caso, si es extensible que la contratación la efectúe, en este caso, una sociedad irregular.
- Se estima en consecuencia, que se cumplen las exigencias del art.219 LRJS.
- 5.- El recurso es impugnado por el demandante que interesa su desestimación.
- El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa la desestimación del recurso, por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.



**TERCERO.- 1.-** En motivo único de censura jurídica, denuncia el recurrente la infracción de los arts. 214.2 pfo. segundo del TRLGSS (RD Legislativo 8/2015), en la redacción dada por la DF quinta-uno de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, en relación con el art. 305.1 y 2 d) del mismo texto.

La cuestión de fondo que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre: si para poder acceder a la plena compatibilidad (100% de la pensión de jubilación), el artículo 214.2 TRLGSS exige que la contratación de trabajadores por cuenta ajena lo sea como empresario persona física y no a través de una sociedad mercantil, siendo que este requisito sólo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que actuando como persona física haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del artículo 305.1 de la Ley General de la Seguridad Social; de modo tal que, sólo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación.

**2.-** La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala IV/ TS, entre otras en la sentencia de 14 de marzo de 2023 (rcud. 2760/2020) que viene a reiterar las SSTS/IV de 8 de febrero de 2022 -Pleno- (rrcud. 3087/2022 y 3920/2020) y de 1 de febrero de 2022 (rcud. 514/2020), señalando:

<< (...) **Ley General de la Seguridad Social de 2015.**

A) El art. 7 de la LGSS que, en su apartado. 1. B), considera incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social, "a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta Ley y su normativa de desarrollo".

B) El artículo 214 ("Pensión de jubilación y envejecimiento activo") abre la posibilidad de compatibilizar la pensión contributiva de jubilación "con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista" siempre que se cumplan determinados requisitos (edad, porcentaje aplicable a la base reguladora).

En estos casos "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" (apartado 2).

También dispone que "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" (apartado 5).

C) El art. 305.1 dispone que "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".

El número 2 del mismo precepto ("A los efectos de esta ley") declara expresamente comprendidos en este régimen especial a "Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común, a los que se refiere el artículo 1.2.b) de la Ley 20/2007, de 11 de julio".

D) Respecto de la acción protectora del RETA, el artículo 318.d) señala que "En materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206; 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1; 210; 211; 213 y 214".

#### **7. Ley 6/2017, sobre Trabajo Autónomo.**

La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo persigue 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, que constituye una de las señas definitorias del colectivo de emprendedores". Su Disposición Final Quinta modifica el régimen de la jubilación activa e introduce la regla sobre cuyo alcance se polemiza ahora.

El nuevo párrafo incorporado al artículo 214.2 LGSS prescribe que "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".

Aunque a nuestros efectos posee menos interés, conviene advertir que la Ley reformula la regla sobre recuperación de la pensión íntegra a fin de concordara con la nueva posibilidad de compatibilizar trabajo por cuenta propia y pensión completa. A su tenor, "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".

### **8. Otros instrumentos.**

A) La Recomendación de la OIT sobre los trabajadores de edad, 1980 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."

B) 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.

### **(...) Doctrina de la Sala.**

Como hemos adelantado, la cuestión ya ha sido resuelta por nuestras SSTS 119 y 120/2022 de 8 febrero (Pleno, rcud. 3087/2020 y 3930/2020) y 95/2023 de 1 febrero (rcud. 514/2020). Seguidamente vamos a reiterar las consideraciones allí realizadas y que abocan a la estimación del recurso, al ser acertada la doctrina de la referencial.

#### **1. La comunidad de bienes como empleadora.**

El concepto de empresario, a partir del mandato del art. 1 del ET, se ha venido identificando con el titular de una organización productiva que opera, en relación con las responsabilidades que se asumen, de forma distinta según sea esa titularidad.

La referencia del art. 1.2 ET permite despejar las dudas acerca de la posibilidad de contemplar como parte de la de relación laboral a un sujeto desprovisto de personalidad jurídica y titular colectivo de un bien común, siendo ejemplos clásicos de ello los surgidos al hilo de bienes inmuebles, pastos agrícolas o montes vecinales, pero sin que la locución excluya al tipo de comunidad surgido para actuar en el tráfico mercantil.

En todo caso, la comunidad de bienes aparece como una "fórmula amplia y genérica", integradora de agrupaciones con personalidad, temporales o permanente e incluso grupos de empresa ( STS de 23 de junio de 1983), lo que no elimina la posibilidad de que pudieran confluír una pluralidad de empresarios, corresponsables solidarios frente a los trabajadores ( STS de 27 de julio de 1985). Por ello, la STS de 16 de julio de 1986, recordaba que "Esta titularidad opera en orden a las responsabilidades patrimoniales de la empresa de la siguiente forma: de tratarse de un empresario individual, éste responde con todos sus bienes presentes y futuros de las deudas de la empresa - artículo 1.911 del Código Civil -, y de serlo una persona jurídica de tipo personalista, sus socios responderán en forma solidaria con todos sus bienes de las obligaciones sociales - artículos 127 y 148 del Código de Comercio -, y si se trata de una persona jurídica de tipo capitalista, sus socios solamente quedarán obligados de las deudas sociales con los fondos que pusieron o se obligaron a poner en la masa común - artículos 148 y 153 del Código de Comercio , 9 de la Ley de 17 de julio de 1953, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 1 de la Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas".

Con carácter general, la comunidad de bienes, constituida como un conjunto de sujetos titulares pro indiviso de una cosa o derecho, puede configurarse como algo más que la mera copropiedad de bienes o derechos. Que no pose personalidad jurídica es compatible con que se le atribuya la posibilidad de titularizar derechos y obligaciones. La posibilidad de actuar en el tráfico jurídico, por tanto, asimila esta figura a la de la sociedad irregular.

#### **2. Autónomos "clásicos" y "societarios".**

A) La sentencia de esta Sala, de 30 de mayo de 2017, rcud 2268/2015. al igual que la de 24 de enero de 2018, rcud 389/2016 tomaron en consideración lo que se indicaba en la exposición de motivos del RD Ley de 2013 para entender que con dicha pensión activa "Se trata pues de incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación estableciendo, al efecto, la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, a la par que se mejora la pensión máxima reconocida"





En relación con la jubilación activa y el acceso al 100% del importe de la misma, esta Sala se ha pronunciado en las sentencias de 23 de julio de 2021, rcuds 1459/2020, 1702/2020 y 1515/2020. También se ha dictado, con igual fecha, sentencia en los rcuds 4416/2019, 2956/2019, 1328/2020 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020.

B) Las dictadas en los rcuds 1328/2020, 1459/2020, 1702/2020, 2956/2019, 4416/2019 y la de 21 de septiembre de 2021, rcud 1539/2020, afectan a un trabajador autónomo que había constituido una sociedad limitada, teniendo en plantilla a más de un trabajador contratado por cuenta ajena.

La sentencia del rcud 1515/2020, también aborda la jubilación activa de una trabajadora autónoma socia de una sociedad anónima, que tenía contratados a 31 trabajadores.

C) En todas ellas se dijo que la compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa con el trabajo requería dos requisitos: realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado a un trabajador. Respecto de la actividad por cuenta propia, y atendiendo al campo de aplicación del RETA y lo dispuesto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo (LETA), hemos dicho lo siguiente:

"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".

### **3. Relevancia de la identidad empleadora a efectos de la jubilación activa.**

A) En relación con el requisito relativo a la contratación de al menos un trabajador por cuenta ajena para acceder a la jubilación activa plena venimos advirtiendo que resulta imprescindible que la contratación se haya realizado por la persona jubilada.

B) Nuestras SSTs de 23 de julio de 2021 ( rcuds 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020), así como la 921/2021 de 21 septiembre ( rcud. 1539/2020) explican que "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 definitiva, el requisito de haber contratado a un trabajador por cuenta ajena no concurre cuando éste presta servicios para una sociedad de capital. En ellas aparece una doctrina de máxima relevancia para la cuestión que ahora afrontamos:

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 del actor, que es uno de los administradores solidarios, en nada afecta a los trabajadores de la empresa, cuyos vínculos laborales se concertaron con una persona jurídica.

En la sentencia referencial el jubilado activamente era administrador único. En cualquier caso, la jubilación del administrador único de una sociedad no es causa de extinción de los contratos de trabajo. Se deberá articular mediante un despido colectivo u objetivo.

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 del actor, que es uno de los administradores solidarios y titular del 25% del capital social, en modo alguno podría afectar al empleo, al subsistir la sociedad limitada.

C) El supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala presenta ciertas diferencias con los que acabamos de recordar. La demandante no es una autónoma administradora o consejera de una sociedad mercantil, que haya contratado a trabajadores por cuenta ajena, sino que es una comunera integrada en una comunidad de bienes (con su hijo) y esa comunidad es la titular de los contratos de trabajo.

### **(...) La contratación laboral de la comunidad de bienes y la jubilación activa.**

La solución que deba darse al presente caso es la de entender que la sentencia referencial contiene la doctrina correcta. La conclusión a que accedemos surge de la confluencia de dos líneas argumentales. La primera, de carácter, excluyente, para descartar la virtualidad de los argumentos acogidos por la sentencia recurrida. La segunda, de orden enunciativo, para exponer las razones de nuestra solución.

#### **1. Autonomía de la cuestión abordada.**

En primer término, debemos descartar que la resolución del problema deba venir de la mano del modo en que las comunidades de bienes aparecen contempladas en otros ámbitos o escenarios.

#### **A) Sobre la responsabilidad de los comuneros.**

Uno de los principales argumentos de la sentencia recurrida radica en que las personas integrantes de la comunidad de bienes asumen las responsabilidades derivadas del ejercicio de la actividad empresarial (Oficina de Farmacia, en nuestro caso). Sin embargo, no cabe confundir la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes actúan en nombre de determinados entes (aunque posean personalidad jurídica) con la condición de la que ello deriva.

La traslación de responsabilidades desde el sujeto que actúa en el tráfico jurídico (la comunidad de bienes) hacia quienes se integran en él (los comuneros) no comporta un cambio ontológico. Afrontar el resultado de la actividad desplegada por la comunidad no significa que los comuneros aparezcan como sujetos de derechos y obligaciones, sino que es la comunidad con independencia de que carezca de personalidad jurídica.

Desde esta perspectiva se entiende la finalidad del artículo 11.2.2.º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado mediante RD 84/1996 de 26 de enero). Cuando enumera la documentación necesaria para que el empresario se inscriba como tal, a efectos de Seguridad Social, solicita "libro de actas, en el caso de comunidades de propietarios; certificado del Ministerio de Justicia e Interior o del organismo competente de la respectiva Comunidad Autónoma, en el supuesto de asociaciones o cualquier otro documento análogo, según la naturaleza y actividad de la persona jurídica de que se trate o, en su defecto, relación de los comuneros o de las personas integrantes del ente sin personalidad, expresando su nombre y apellidos, domicilio y documento nacional de identidad de cada uno de ellos". No es que esté transformando en empleadores a cada uno de los comuneros, sino tomando precauciones de transparencia y efectividad para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las comunidades de bienes y de quienes están obligados a afrontar las responsabilidades por mandato legal.

En suma, que la responsabilidad de los partícipes en la comunidad frente a sus trabajadores, al igual que frente a terceros, sea una responsabilidad directa, personal e ilimitada, no se debe confundir con la identidad del empresario, que es la comunidad de bienes, como empleador único, no los partícipes en ella.

#### **B) Sobre la integración de los comuneros en el RETA.**



A tenor del artículo 305.1 LGSS, ya transcrito más arriba, los comuneros quedan obligatoriamente incluidos en el RETA siempre que, como tales, desarrollen una actividad productiva y no se limiten a la administración de los bienes compartidos.

Es claro que de la inclusión de una persona en determinado régimen de la Seguridad Social no cabe derivar necesariamente que posea otra condición, cual la de empleador. La norma que delimita la extensión subjetiva o campo aplicativo del RETA es la que ha fijado sus confines, sin alterar los de otros escenarios como puede ser el de la laboralidad.

Dicho claramente: que una persona deba quedar incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no le confiere la condición de empleadora a efectos laborales. Basta con recordar que "expresamente comprendidos" en el RETA ( art. 305.2 LGSS) aparecen quienes desempeñan cargos de dirección y gerencia, los socios de sociedades laborales en determinados casos o los socios de cooperativas de trabajo asociado. Esas inclusiones expresas en el RETA no comportan la consecuencia de que las personas afectadas pasen a tener la cualidad de empleadoras de las plantillas laborales que posean las sociedades mercantiles, las cooperativas de trabajo asociado o las comunidades de bienes.

No se trata de que para compatibilizar la actividad productiva con la pensión plena (y no al 50%) sea necesario que el pensionista esté incluido en el RETA como persona física, sin que baste con que ello derive de su condición de comunero. Se trata de enfoque que no compartimos. Lo decisivo para que surja la compatibilidad no es el modo en que las normas de Seguridad Social encaucen la inclusión del comunero en el RETA, sino la existencia de una contratación laboral como la exigida por el artículo 214.2.II LGSS.

### **C) Sobre la inclusión de los comuneros en la LETA.**

Difícilmente puede otorgarse valor decisivo en la cuestión abordada a la inclusión de los comuneros en el ámbito aplicativo de la LETA, máxime cuando ella misma advierte que así se dispone sin perjuicio de que se apliquen sus normas específicas.

### **D) Sobre el desempeño de una actividad empresarial.**

La comunidad de bienes formalizada al objeto de compartir la explotación de una finca, de una autoescuela o de una Oficina de Farmacia (supuestos ya abordados por esta Sala) nos sitúa en el terreno del desarrollo de una actividad productiva y no de la mera administración del patrimonio común. Que para su desempeño acabe entablando relaciones laborales con personas que coadyuvan a esa actividad empresarial no significa que asuma la condición de empleador todo comunero pues la posibilidad de atribuir derechos y obligaciones a la comunidad de bienes, precisamente, indica que será ella quien asuma esa posición.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2020, recurso 1704/2018, ha puesto de relieve las características de las denominadas comunidades "funcionales" o "empresariales", en los siguientes términos:

"7.- Mas recientemente, la sentencia del Pleno de la sala 469/2020, de 16 de septiembre, identificó las notas caracterizadoras de las denominadas comunidades "funcionales" o "empresariales", que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, asimilando sus características a las propias de las de las sociedades irregulares de tipo colectivo;

"se trata de una comunidad de bienes -de las también denominadas doctrinalmente como "dinámicas" o "empresariales"- que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario ( art. 35.2 de la Ley General Tributaria); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales ( art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite ( art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda ( art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso".

La comunidad de bienes a la que pertenece la actora es una comunidad de las denominadas funcionales, dinámicas o empresariales, vinculadas funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de un determinado negocio que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones -sujeto autónomo u obligado tributario-, ostentando legalmente la condición de empresario, a los



que nuestro ordenamiento reconoce algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica, como es el reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite ( artículo 6.1. LEC) o frente a la que se defienda ( artículo. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente.

#### **E) Sobre otras posibles líneas argumentales.**

En línea con nuestras sentencias de 23 de julio de 2021, consideramos que los instrumentos internacionales incentivando la prolongación de la vida activa no bastan para alterar el alcance de una expresa exigencia legal. "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".

No puede invocarse el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución entre los autónomos comuneros y los autónomos que no han constituido una comunidad de bienes porque son términos de comparación heterogéneos. Ni la jubilación del autónomo comunero afecta al empleo; ni ostenta la condición de empleador, que tiene la comunidad de bienes; ni responde con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social derivadas de los trabajadores contratados por la empresa del mismo modo que el autónomo persona física; a diferencia de lo que sucede con los autónomos que desarrollan su actividad actuando como persona física, aquí el comunero no es el único responsable (también el resto) y el patrimonio de la comunidad constituida es el que posee primariamente tal cualidad.

#### **2. Alcance del artículo 214.2.II LGSS .**

Cuanto hemos expuesto va dirigido a desentrañar el alcance del precepto a cuyo amparo cabe compatibilizar la pensión de jubilación con una actividad productiva. Son dos las condiciones. Primera, que "la actividad se realiza por cuenta propia". Segunda, que "se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena". Consideramos que estas exigencias del artículo 214.2.II LGSS no concurren cuando un comunero invoca los contratos de trabajo que discurren entre la comunidad de bienes y las personas que trabajan para ella. Veamos las razones de ello.

##### **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, como vimos, 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 personalidad jurídica.

##### **B) Carácter excepcional de la jubilación activa plena.**

Como exponen nuestras sentencias de 23 de julio de 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 ( art. 213.1 de la 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 Disposición Final Sexta Bis de la 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 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 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".

De admitirse la tesis contraria podría suceder que se jubilen 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, la pensionista demandante no tiene contratada a persona alguna como trabajadora para auxiliarle en la llevanza de la Farmacia. Las personas empleadas poseen como contraparte de sus relaciones laborales a la comunidad de bienes, sin que sea relevante (tampoco debatido aquí) que ella sea quien tiene, de facto, la capacidad de organizar y dirigir el negocio. >>

Concluye la referida sentencia estimando que la sentencia de contraste o referencial contiene la buena doctrina, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho. Señala en conclusión que 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 y la plantilla; estimando el recurso formulado por el INSS



**CUARTO.-** Doctrina de aplicación al supuesto ahora examinado, que merece igual respuesta por las mismas razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho. Y siendo intrascendente como queda dicho al examinar la contradicción, que la entidad que contrata al trabajador sea una sociedad civil, sociedad irregular, y no una comunidad de bienes, pues el debate se concentra en determinar si la contratación ha de efectuarse por la "persona física" o, en su caso, si es extensible que la contratación la efectúe, en este caso, una sociedad irregular, pues tampoco aquí se da la necesaria conexión entre persona jubilada y empleadora, en tanto que en el caso de una persona física (lo cual no concurre en el presente caso), 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.

Conforme al artículo 228.2 LRJS "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada".

Por todo lo razonado, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 235.1 LRJS no cabe pronunciamiento sobre costas procesales derivadas de este recurso de casación unificadora o de la previa suplicación, asumiendo cada aparte las propias.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación que ostenta del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

2º) Casar y anular la sentencia de 4 de febrero de 2020, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 81/2020.

3º) Resolver el debate suscitado en suplicación, y estimar el recurso de tal naturaleza interpuesto por el INSS.

4º) Revocar la sentencia de 15 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, en los autos nº 221/2019, seguidos a instancia de D. Ismael , contra dicho recurrente, Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre reclamación de pensión jubilación.

5º) Desestimar la demanda formulada y absolver a la Entidad Gestora de las pretensiones contenidas en la misma.

6º) No realizar pronunciamiento expresado en materias de costas procesales, debiendo asumir cada parte las propias.

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

Así se acuerda y firma.