

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 24 de febrero de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1684/2013*

**SUMARIO:**

**Jubilación anticipada. Asimilados a trabajadores por cuenta ajena con exclusión de la protección por desempleo y Fogasa.** *Director de empresa con capacidad de representación ante terceros, vocal del Consejo de Administración y titular del 16% del capital social que es objeto de despido improcedente.* En supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que, si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral. En el caso analizado, la relación del actor no es laboral sino mercantil, no obstante haberse adoptado para su extinción la forma de despido objetivo, y por ello no cumple los requisitos necesarios para la jubilación anticipada y en concreto lo dispuesto en el art. 161.2 d) de la LGSS, que exige que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 97.2 k) y 161 bis.2 d).

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 1.3 c).

**PONENTE:**

*Don Jesús Souto Prieto.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 30 de abril de 2013, dictada en el recurso de suplicación número 522/2013 formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social - Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Donostia (San Sebastián) de fecha 21 de diciembre de 2012 dictada en virtud de demanda formulada por D. Gabriel frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social - Tesorería General de la Seguridad Social sobre pensión de jubilación.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Gabriel representado por el letrado D. Manuel Rosaleny Aguado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 21 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D. Gabriel contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, y DECLARAR que el demandante tiene derecho al percibo de una prestación económica por jubilación anticipada, DEBIENDO las partes estar y pasar por esta declaración, CONDENANDO al INSS a que proceda a abonarle una

prestación económica consistente en el 74% de la base reguladora de 2.560,35 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 14 de diciembre de 2011, más revalorizaciones legales correspondientes".

### **Segundo.**

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Que D. Gabriel ha estado vinculado laboralmente con la empresa MADHIS FIC, S.L. desde el día 1 de julio de 1988 hasta el día 22 de febrero de 2007, fecha en la que causó baja por despido objetivo. SEGUNDO: Que el actor ha venido realizando en dicha empresa, los trabajos y funciones propios de un apoderado de la sociedad, con capacidad para representar a la sociedad ante terceros, ostentando la categoría profesional de Director, dentro del Grupo de Cotización 1, habiendo sido al mismo tiempo vocal del Consejo de Administración, cargo no retribuido, y titular de 8000 participaciones desde el año 2001, que suponen un 16% de las participaciones sociales, como se desprende de la certificación emitida por la empresa y por el Registro Mercantil (f. 178 y 179). TERCERO: Que al ostentar el actor la condición de trabajador por cuenta ajena; además de consejero y accionista minoritario de la empresa, pasó de estar encuadrado en el Régimen General a estar encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 1 de marzo de 1994, y posteriormente en fecha 1 de enero de 1998, pasó al Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión únicamente de la protección por desempleo y FOGASA, en virtud de la Ley 50/1998. CUARTO: Que la empresa MADHIS FIC, S.L. acordó el despido por razones objetivas del actor con fecha 26 de enero de 2007. QUINTO: Que la empresa MADHIS FIC, S.L. reconoció en el acto de conciliación celebrado el día 22 de febrero de 2007 en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Consejería de Economía y Hacienda de la Generalitat Valenciana (f. 56), la improcedencia del despido acordado, optando por la extinción de la relación laboral con abono de una indemnización a favor del trabajador demandante de 115.306,33 euros netos, incluidos los salarios de tramitación devengados hasta dicha fecha. SEXTO: Que el actor con fecha 14 de diciembre de 2011 solicitó al INSS (f. 46) el reconocimiento de una prestación de jubilación anticipada, al tener la edad de 61 años en el momento de la solicitud, encontrarse en situación de asimilada a la del alta en el Régimen General, acreditando un período de permanencia en alta en la Seguridad Social de 38 años, 3 meses y 15 días en el momento de la solicitud, y encontrarse inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo desde el día 27 de abril de 2007, habiéndose producido su cese por razón de un despido improcedente reconocido por la empresa. SÉPTIMO: Que la entidad gestora dictó resolución el día 3 de enero de 2012, mediante la cual se acordaba denegarle la jubilación en base a que ya no acreditaba cotizaciones efectuadas a alguna de las Mutualidades Laborales de Trabajadores por cuenta ajena con anterioridad al día 1 de enero de 1967, tal y como exige el art. 161.1 de la LGSS. OCTAVO: Que interpuesta reclamación administrativa contra dicha resolución la entidad gestora dictó nueva resolución el día 20 de marzo de 2012, mediante la cual se desestimaba dicha reclamación, confirmando la resolución impugnada (f. 55). NOVENO: Que la base reguladora de la jubilación anticipada solicitada por el demandante asciende a la suma de 2.560,35 euros, y el porcentaje de la prestación a un 74%, con efectos desde el día 14 de diciembre de 2011."

### **Tercero.**

La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sentencia con fecha 30 de abril de 2013, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de San Sebastián dictada el 21 de diciembre de 2012, en autos n.º 314/2012 seguidos a instancia de D. Gabriel, con confirmación de la sentencia de instancia y sin imposición de las costas".

### **Cuarto.**

La letrada 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) mediante escrito presentado el 5 de junio de 2013, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 17/4/13 (recurso n.º 522/11). SEGUNDO- Se alega la infracción por inaplicación de lo establecido en el art. 161. bis 2 d) de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social, vigente hasta el 31 de diciembre de 2012.

**Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de febrero de 2014, en el que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

El tema que se debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el actor, director de empresa con capacidad de representación ante terceros, vocal del Consejo de Administración y titular del 16% del capital social, tiene derecho a percibir la jubilación anticipada.

La sentencia impugnada confirma la dictada en la instancia, que ha declarado el derecho del actor al percibo de una prestación económica, consistente en el 74% de la base reguladora, por jubilación anticipada. El demandante ha estado vinculado laboralmente con la empresa MADHIS FIC SLA, desde el 01/07/88 al 22/02/07, en que causó baja por despido objetivo, reconocido como improcedente en conciliación. Ha venido realizando los trabajos y funciones propios de un apoderado de la sociedad, ostentando la categoría de Director, dentro del grupo de cotización 1, habiendo sido al mismo tiempo vocal del Consejo de Administración, cargo no retribuido, y titular del 16% de las participaciones sociales desde 2001. Pasó de estar encuadrado en el RGSS al del RETA el 01/03/94, y posteriormente el 01/01/98 al RGSS, con exclusión de la protección por desempleo y FOGASA, en virtud de la Ley 50/98. El 14/12/11 solicitó la jubilación anticipada al tener 61 años, encontrándose en situación asimilada al alta en el RGSS, acreditándose una permanencia en alta en la Seguridad Social de 38 años e inscrito como demandante de empleo desde el 27/04/07.

El INSS entendió que el cese en el trabajo no se ha producido por causa no imputable a la libre voluntad del actor, aunque su baja en la empresa se formalizase como un despido, habida cuenta que prestaba servicios como consejero de la sociedad, en la que figuraba incluido en el RGSS como asimilado a trabajador por cuenta ajena, excluyendo el artículo 97.2.k de la LGSS a los administradores y consejeros asimilados, y que, por tanto, se encuentra fuera de la cobertura de la jubilación anticipada.

La Sala desestima el recurso de suplicación del INSS, remitiéndose a lo resuelto en un caso semejante (Recurso 2558/10), al considerar que la única consecuencia diferenciadora y restrictiva establecida por el artículo 97.2.k de la LGSS respecto de los asimilados a los trabajadores por cuenta ajena es la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo y de garantía salarial, y que si el legislador hubiere querido exceptuar la pensión de jubilación anticipada, hubiese modificado el precepto citado en la última reforma del artículo 161 bis de la LGSS.

**Segundo.**

Recorre en casación para la unificación de doctrina el INSS y señala como de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14/04/12 (R. 2963/11 ), revoca la dictada en la instancia y desestima la demanda interpuesta sobre pensión de jubilación anticipada. El actor, nacido el 25/07/46, había venido prestando sus servicios para distintas empresas, permaneciendo en el RGSS desde el 13/09/72 hasta el 31/03/09, en que fue despedido en la mercantil Vidrio Iluminación SA, inscribiéndose como demandante de empleo el 01/04/09, y encontrándose en esta situación hasta el 01/10/09, en que pide la prestación de jubilación. Fue nombrado administrador único de Vidrio Iluminación el 29/05/92, habiendo figurado en situación de alta en el periodo 01/01/98 al 31/03/09 en la referida empresa en el Régimen General como asimilado al trabajador por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del FOGASA, siendo socio de la indicada mercantil con una participación del 23% de las acciones.

Se razona en la sentencia referencial que los anteriores datos evidencian que el actor aunque esté incluido en el RGSS, de acuerdo con el artículo 97.2.k de la LGSS, no es propiamente un trabajador por cuenta ajena de Vidrio Iluminación, sino que la relación es mercantil y no laboral. Y concluye que el cese en la referida sociedad no obstante haberse formalizado como despido no es tal y, por consiguiente, no cumple el requisito que para acceder a la jubilación anticipada establece la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis de la LGSS .

Parece evidente la contradicción entre ambas sentencias, pues:

En ambos casos se trata de procesos entablados por demandantes incluidos en el RGSS en virtud del artículo 97.2.k de la LGSS, asimilados a trabajadores por cuenta ajena con exclusión de la protección por desempleo y FOGASA.

En uno y otro supuesto, los actores eran, respectivamente, apoderado y director de la empresa con el 16% de las participaciones sociales --sentencia recurrida-- y administrador único con una participación del 23% de las acciones -sentencia referencial-.

En los dos litigios, consta que los demandantes fueron objeto de despido, siendo reconocida la improcedencia de la decisión extintiva.

Pese a la similitud de hechos y de pretensiones las sentencias comparadas llegan a fallos distintos, pues en tanto la referencial deniega el derecho a la jubilación anticipada por entender que no se cumple el requisito del artículo 161 bis de la LGSS, al ser la relación mercantil y no laboral aunque se formalizase el cese en la sociedad como un despido, el pronunciamiento ahora recurrido declara el derecho a tal prestación al considerar que los artículos 97.2.k y 161 bis de la LGSS no impiden el acceso a la pensión de jubilación anticipada.

### **Tercero.**

El único motivo de censura jurídica que articula el INSS, denuncia la infracción del art. 161. bis 2, d) de la Ley General de la Seguridad Social (redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

La cuestión aquí planteada -derecho a jubilación anticipada- requiere resolver previamente la cuestión previa planteada por el INSS, sobre la naturaleza mercantil, no laboral, de la relación del actor con la empresa, determinante de que, no obstante haberse formalizado el cese del actor a través de un despido objetivo, ha cesado voluntariamente dada su condición de socio y consejero de la empresa.

Como recuerda nuestra sentencia de 26 de diciembre 2007 (rcud. 1652/06 ):

"La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajeneidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que esta Sala ha señalado a partir del 50% de participación en el capital social. Pero también puede venir excluida, al amparo del art. 1.3 c) ET, por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa, como ocurre con el demandante del presente pleito, en cuanto, además de ser titular de un tercio del capital social, era administrador solidario junto con los otros dos socios, siendo función típica de estas personas que forman parte del órgano de gobierno de la empresa la representación y suprema dirección de la misma, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo sino de una designación o nombramiento por parte del máximo órgano de gobierno, de modo que su relación tiene carácter mercantil.

Es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección. Y en este sentido existe una doctrina reiterada de la Sala, como por ejemplo en las sentencias de 29 de septiembre de 1988, de 16 de diciembre de 1991 ( R.º 810/90), de 22 de diciembre de 1994 ( R.º 2889/93 ), doctrina reiterada por otras muchas y que podemos resumir, con la sentencia de 20 de noviembre de 2002 (Rec. 337/02 ):

"La sentencia de 22-12-994 (rec. 2889/1993 ), al interpretar el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, señala que "Hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la Ley 17 julio 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, tiene precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan «la realización de cometidos inherentes» a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3,c) del Estatuto de los Trabajadores .

Partiendo de la anterior premisa, esta Sala ha resuelto la cuestión que se plantea cuando se compatibilizan funciones de Consejero Delegado y alto cargo, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias de 21 de enero, 13 de mayo y 3 de junio y 18 de junio 1991, 27-1-92 (rec. 1268/1991 ) y 11 de marzo de 1994 (rec. 1318/1993 ) han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que, si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral".

#### **Cuarto.**

En el caso de autos la relación del actor con la empresa era de vocal del Consejo de Administración y titular del 16% de las acciones y al tiempo realizaba las funciones de apoderado de la sociedad, con capacidad representativa ante terceros, ostentando la categoría profesional de Director por lo que su relación no es laboral sino mercantil, no obstante haberse adoptado para su extinción la forma de despido objetivo, y por ello no cumple los requisitos necesarios para la jubilación anticipada y en concreto el referente al apartado D) del número 2 del artículo 161 LGSS (redacción dada por L. 40/07), que exige que "el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador", y por tanto, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, debe estimarse el recurso del INSS y casar la sentencia recurrida desestimando la demanda, sin hacer especial declaración de las costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 30 de abril de 2013, dictada en el recurso de suplicación número 522/2013 . Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recuso de tal naturaleza interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Donostia (San Sebastian) de fecha 21 de diciembre de 2012, sobre pensión de jubilación anticipada, desestimando la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.