

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

Sentencia de 19 de noviembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 3323/2013

SUMARIO:

Jubilación anticipada parcial. Requisito de seis años de antigüedad. *Recurso de casación para la unificación de doctrina.* Tienen esa consideración los reconocidos como de asimilación al RGSS. Quedando fuera de la protección por desempleo y Fogasa, no existe razón para ampliar la exclusión, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades no significa el traslado de la condición de asimilado al ámbito del ET, sino que la operatividad se limita al campo de las prestaciones y en ese, solo existen dos exclusiones. El principio de odiosa *restringenda sunt* impide llevar más lejos de la previsión legal el impedimento para acceder a otras prestaciones.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 97.2 k), 166.2 b) y disp. adic. vigésima séptima.

PONENTE:

Doña Milagros Calvo Ibarlucea.

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Jose Daniel, contra de la sentencia dictada el 18 de julio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Sevilla), en recurso de suplicación n.º 2615/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Córdoba, en autos núm. 212/2012, seguidos a instancias del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a D. Jose Daniel.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 19 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social n.º 2 de Córdoba dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando la demanda interpuesta por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra D. Jose Daniel, absuelvo al demandado de las pretensiones contra el mismo ejercitadas."

Segundo.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:"I- Por resolución de de la Delegación Provincial del INSS en Córdoba de 31 de enero de 2012 (folios 9 y 10), se acordó anular la pensión de jubilación del Régimen General, reconocida al demandado D. Jose Daniel el 28 de mayo de 2010 en cuantía mensual de 1.664,96 euros y con efectos económicos desde el 13 de mayo de 2010 y el reintegro de lo

indebidamente percibido desde el 13 de mayo de 2010 al 31 de enero de 2012, por importe de 39.608,68 euros, más las que fuere percibiendo hasta la finalización del proceso. El 17 de enero de 2012 el demandado había presentado alegaciones en el expediente en que recayó la anterior resolución (folios 23 y 24), en las que manifestaba que su encuadramiento en el Régimen General había sido correcto y tenía derecho a la jubilación parcial, ya que no era accionista de la sociedad desde hacía más de 4 años. II- El 14 de mayo de 2012 se dictó sentencia por este Juzgado, en los autos N.º 1224/11, sobre reclamación de cantidad a instancia de D. Jose Daniel contra las empresas GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. y BBBK BANK CAJASUR S.AU, cuyos hechos probados eran los siguientes:"1- Para la empresa GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. con C.I.F. B14226518 dedicada a servicios de publicidad, ha prestado sus servicios como trabajador dependiente, con categoría de jefe superior, antigüedad de 1 de abril de 1985 y un salario mensual de 3.014,70 euros incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, el actor D. Jose Daniel, con DN.I NUM000 nacido el NUM001 de 1948, primeramente en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, y desde el 13 de mayo de 2011 en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial (folio 72), por situación de jubilación parcial, de duración hasta el 31 de mayo de 2013, de 304.20 horas al año. Las partes convinieron en el contrato que la relación laboral se regiría por el Convenio Colectivo de Publicidad. La relación laboral se regía por el Convenio colectivo estatal para las empresas de publicidad (BOE 48/2010, DE 24 DE FEBRERO DE 2010). II- Desde la jubilación parcial del actor éste percibía de la empresa 35.000 euros brutos anuales, percibiendo además la prestación por la jubilación parcial del 15 %. III- El 20 de mayo de 2011 se extinguió el contrato de trabajo del actor en virtud E. R. E. n.º NUM002, aprobado por resolución de la Delegación de Empleo de la Junta de Andalucía de 10 de mayo de 2011 (folios 124 a 127), que homologó el acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores de 11 de abril de 2011, que afectaba a la totalidad de la plantilla, 11 trabajadores. El acuerdo anterior (folios 128 a 131, firmado entre la empresa y 3 trabajadores elegidos de entre los de la empresa por sus compañeros (folio 132) establecía en su punto primero dos clases de trabajadores: los afectados por la extinción de sus contratos de trabajo en general (punto 2) y el personal en situación de jubilación parcial (punto 3). Respecto de los primeros se establecía la indemnización que reclama aquí el actor como la que le correspondería (folio 129), que en su caso sería de 45 días de salario por año trabajado más una prima de 1000 euros. De aplicarse a la desvinculación del actor el anterior apartado correspondería al mismo una indemnización de 119.703,81 euros incluida la prima (folio 153), reclamando el actor en este procedimiento la diferencia entre dicha suma y la recibida de la empresa (63.332,49 euros), o sea, 56.371,32 euros. Respecto del personal en situación de jubilación parcial (sólo un trabajador, el actor) se establecía el abono de una suma a tanto alzado de la suma de lo siguiente: 1) la cuantía total de la teórica prestación contributiva de desempleo que le correspondiera recibir al empleado de conformidad con la normativa vigente sobre desempleo en el momento de la extinción del contrato a tiempo parcial, la solicite o no, o una vez solicitada sea suspendida o denegada; más 2) el importe de la teórica prestación de jubilación parcial que le corresponde percibir al empleado de conformidad con la normativa vigente, aunque ésta le fuera suspendida o revocada posteriormente, sea equivalente a la suma del importe bruto de la pensión de la jubilación parcial más el importe de su salario fijo bruto anual a tiempo parcial que perciba en el momento de la desvinculación para el periodo comprendido entre la fecha de la desvinculación y la fecha en la que cumpla la edad de 65 años. A efectos de este cálculo, no se aplicarán revalorizaciones ni deslizamientos, A este importe se le añadirá el coste que se estime por la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social por el periodo comprendido entre el momento del agotamiento de la prestación por desempleo, en todo caso, transcurridos 2 años desde el momento de la extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, y la fecha en la que cumpla la edad de 65 años. De aplicarse a la desvinculación del actor el anterior apartado (punto 3) correspondería al mismo una indemnización de 63.332,49 euros, con el detalle que se consigna en el folio 152, que por economía procesal se da por reproducido. IV- El actor declaró en el acto del juicio que era el único jubilado parcial de la empresa, y que no impugnó el nombramiento de los 3 representantes de los trabajadores para negociar el E.R.E., ni firmó el mismo, y tampoco impugnó el acuerdo ni la resolución de la Delegación de Empleo que lo aprobó. V- Interpuso el actor demanda de conciliación frente a la empresa el 27 de septiembre de 2011, habiéndose celebrado el acto sin avenencia el 18 de octubre de 2011. VI- La empresa GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. fue creada por D. Jose Daniel en el año 1982. Al principio la empresa no tenía ninguna vinculación con Cajasur, después ésta pasó a ser un cliente más, hasta llegar a ser uno de los principales clientes, tras lo que Cajasur adquirió primeramente un 25% de las participaciones de la sociedad, después un 50%, hasta llegar a tener un 99% de las participaciones y finalmente el 100% de las participaciones, coincidiendo con la jubilación parcial del Sr. Jose Daniel . A principios de 2011 el socio único de GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. era BBK BANK CAJASUR S.A.U., y sus administradores mancomunados COLUMBA 2010 S.L. y GRUPO DE EMPRESAS CAJASUR, cuyo socio único es BBK BANK CAJASUR S.A.U., dedicándose ambas (Colomba y Grupo de Empresas) a la tenencia y disposición de acciones y participaciones en otras sociedades como la que empleaba al actor. GRUPO DE EMPRESAS CAJASUR Y COLUMBA fueron designadas administradoras mancomunadas de GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. por cinco años el 5 de junio de 2010, representadas respectivamente por Dª Remedios y Dª Candida, como personas físicas. Las mismas eran las administradoras de GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L., siendo en la actualidad las liquidadoras de la

empresa D^a Remedios y D^a Modesta, nombradas el 5 de mayo de 2011, en que se acordó la disolución e GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L.". El 13 de septiembre de 2011 se dictó asimismo sentencia por este Juzgado, en autos de Despido n.º 441/11 a instancia de D. Patricio contra las empresas GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L., COLUMBA 2010 S.L., GRUPO DE EMPRESAS CAJASUR S.A. y BBBK BANK CAJASUR S.A.U., en cuyo hecho probado I se declaraba lo siguiente: "Para la empresa GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L., con C.I.F. ha prestado sus servicios como trabajador dependiente, con categoría de gerente, antigüedad de 24 de febrero de 2005 y un salario diario de 200,07 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias, el actor D. Patricio, con D.N.I. NUM003, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada (eventual por circunstancias de la producción) de 24 de febrero de 2005 (folio 155), convertido en indefinido el 25 de agosto de 2005 (folios 156 y 157)", y en el hecho probado II se declaraba asimismo: "La empresa GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. fue creada por D. Jose Daniel en el año 1982. El mismo Sr. Jose Daniel fue el que firmó el contrato de trabajo del actor, declarando en el acto del juicio que al principio la empresa no tenía ninguna vinculación con Cajasur, que después ésta pasó a ser un cliente más, hasta llegar a ser uno de los principales clientes, tras lo que Cajasur adquirió primeramente un 25 % de las participaciones de la sociedad, después un 50 %, hasta llegar a tener un 99 % de las participaciones y finalmente el 100 % de las participaciones, coincidiendo con la jubilación anticipada del Sr. Jose Daniel, que gratuitamente le cedió la última participación que tenía de la empresa en el año 2009. El Sr. Jose Daniel declaró en el juicio que el actor llegó en el año 2005 a GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR SL. como "controller", y que antes de firmar el contrato él ni siquiera sabía en qué consistía tal figura, teniendo claro solamente que era el hombre de confianza colocado en la empresa por Cajasur, principal partícipe de la misma". III Al constituirse la sociedad GRUPO DE COMUNICACIÓN DEL SUR S.L. el 17 de julio de 1989, los administradores solidarios de la misma eran D. Baldomero y D. Jose Daniel, con 50 participaciones cada uno de ellos de 50.000 pesetas cada participación, siendo el capital social 5.000.000 de pesetas (folio 97 Vto). D. Baldomero y D. Jose Daniel tuvieron el 100 % de las participaciones hasta el 23 de junio de 1998, en que entró en el accionariado de la sociedad la entidad CAJASUR. a través de la Corporación Cajasur, con un 25 % de las participaciones, quedando el 75 % restante en poder de los dos iniciales socios. El 13 de marzo de 2000 el demandado transmitió el 13 % de las participaciones a D^a Joaquina . conservando el 24,50 %, y el 2 de mayo de 2005 el actor transmitió dichas participaciones la Corporación Cajasur, que con las mismas y con el 1,50 % que adquirió de D Joaquina pasó a detentar el 51 % de las participaciones. No obstante, el demandado D. Jose Daniel siguió de consejero delegado de la empresa hasta su dimisión presentada en junta general de socios el 29 de diciembre de 2009 (folio 29). IV- El demandado había estado en alta en Seguridad Social, en el Régimen General, desde el 1 de abril de 2000 al 14 de enero de 2010 (folio 15) como consejero administrador asimilable a cuenta ajena (epígrafe 95 y desde el 15 de enero de 2010 en adelante en el Régimen General ordinario."

Tercero.

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 Andalucía (sede Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 19/06/12 dictada por el Juzgado de lo Social número DOS de los de CORDOBA en virtud de demanda sobre Seguridad Social, formulada por el mencionado recurrente, contra Jose Daniel, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que estimado parcialmente la demanda promovida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra Jose Daniel, debemos declarar y declaramos sin efectos por resultar nula la resolución de fecha 28/5/2010 por la que se le reconoció al trabajador pensión de jubilación anticipada, declarando indebido lo percibido por el trabajador por tal concepto en cuantía de 39.608,68 euros mas lo que haya percibido mientras se tramita el proceso."

Cuarto.

Por la representación de D. Jose Daniel se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana con fecha 2 de marzo de 2010, en el Recurso núm. 1714/2009 .

Quinto.

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y habiendo sido impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente. E instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de noviembre de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Al demandado le fue reconocida Pensión de Jubilación anticipada parcial por Resolución del INSS DE 28 de mayo de 2010 con efectos de 13 de mayo de 2010. Promueve el INSS demanda al objeto de que se declare nulo dicho reconocimiento con base en la ausencia del requisito de seis años de antigüedad en la empresa. Constan acreditadas como circunstancias del quehacer profesional del demandado que el mismo creó una sociedad limitada en 1982, en 1989 (sic), al constituirse la sociedad eran administradores solidarios el demandado y otro socio, cada uno con 50 participaciones, siendo el capital social de 5.000.000 de pts, manteniendo el 100% del accionariado hasta el 23 de junio de 1998 en que ingresa como accionista la entidad Cajasur, al principio adquiriendo un 25% y el 2 de mayo de 2005 un 24,50% del demandado, pasando Cajasur a ostentar el 51%. Anteriormente, el 13 de mayo, del demandado había transmitido un 13% a un tercero, con lo que a partir del 12 de mayo de 2005, carecía de presencia en el accionariado, pero continuó como Consejero Delegado hasta su dimisión el 29 de diciembre de 2009. Mientras tanto, había permanecido de alta en el Régimen General como asimilado trabajador por cuenta ajena desde el 1 de abril de 2000 hasta el 14 de enero de 2010 y desde el 15 de enero de hasta el 13 de mayo de 2013 en el Régimen General ordinario. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda del INSS y su sentencia fue revocada en suplicación al entender la sentencia hoy recurrida que la antigüedad en la empresa a la que se refiere el artículo 166.2.b) de la LGSS, en relación con la Disposición Transitoria 17ª introducida por LA Ley 40/2007 exige que la antigüedad sea generada por el trabajo por cuenta ajena y en virtud de una relación asalariada, lo que no sería el caso del demandado que después de vendidas sus participaciones conservó el cargo de consejero delegado hasta su dimisión y continuó cotizando en coherencia con el artículo 97.2.K de la LGSS .

Recurre el beneficiario en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 2 de marzo de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana .

La sentencia de comparación ha reconocido el requisito de antigüedad en quien había prestado servicios para la misma empresa, primero con afiliación al régimen general de 1987 a 1993, después de alta en el R.E.T.A. como gerente y supervisor siendo consejero delegado de 1993 a 2007 y nuevamente en el Régimen General desde enero de 2008, siempre como socio minoritario (del 15%), sin que en ningún momento conste que tuviera el control efectivo de la sociedad.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 De la L.J .S., sin que sea obstáculo la afiliación del interesado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos durante una parte de su historial de afiliación.

Segundo.

El recurrente alega la infracción de los artículos 166.2.b) y 97.2.K) de la LGSS los cuales interpreta en el sentido de que ninguno de ellos excluye el acceso a las prestaciones como consecuencia de estar asimilado en el Régimen General de la Seguridad Social, llevando a cabo la sentencia una interpretación sesgada del concepto de "antigüedad en la empresa", lo que vulneraría también el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, y la Disposición Transitoria 17ª. A juicio del recurrente.

El artículo 97.2 .k de la L.G.S.S . establece que a los efectos de esta Ley se declaran (sic) expresamente comprendidos en el apartado anterior (sujetos obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social) "como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Excepto por razón de su actividad marítimo-pesquera corresponda su inclusión como trabajadores asimilados por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen especial de Trabajadores del Mar." .

La determinación de las condiciones que, a contrario sensu habilitan para la condición de asimilado por no ostentar el control de la mercantil, las establece la Disposición Adicional vigésimo séptima de la L.G.S.S . en los siguientes términos: "1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en

contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3. Lo establecido en el apartado 1 no afectará a los trabajadores recogidos en los artículos 2.b), 3 y 4 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por las que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto."

En cuanto al art 166.2 b) su redacción es la siguiente: "Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo." .

Tercero.

El beneficio de la jubilación anticipada que el artículo 166. 2.b) de la LGSS concede va dirigido como se ha visto a los trabajadores con una reducción de jornada comprendida en determinados límites, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo cuando, además del requisito de edad, acrediten un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial.

El artículo 97 de la Ley General de la seguridad Social dispone en su apartado 1.º la inclusión obligatoria en el Régimen de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a) del artículo 7 de la presente ley .

A su vez, el apartado 2.k declara expresamente comprendidos en el apartado anterior, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en la Disposición adicional vigésimo séptima de la presente ley cuando el desempeño del cargo conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la Sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

La Disposición Adicional vigésimo séptima de la L.G.S.S . establece la escala de participación en el capital social a los efectos de la presunción de control de la sociedad y de la inclusión en el R.E.T.A., de quienes ostentan la condición de Administrador o Consejero. Sirviendo dicha escala, a contrario sensu, para conocer los supuestos en los que podrá operar la presunción a los efectos del artículo 97-2-k de la L.G.S.S ., excluyendo de su aplicación a quienes ostentando la condición de Consejero o Administrador, participación en una cuarta parte del accionariado cuando se une el desempeño de tareas de dirección o gerencia y una tercera parte en caso negativo y siempre cuando la participación alcance el 50%.

Contamos por lo tanto con dos posibilidades para que quien ostente el cargo de consejero delegado pueda acceder a alguno de los regímenes de la Seguridad Social, en un caso al R.E.T.A., o bien al Régimen General de la Seguridad Social asimilado y percibiendo un salario bien por sus tareas como consejero delegado o administrador o por otro trabajo por cuenta de la sociedad, y siempre que no posean el control de la sociedad en los términos que acabamos de ver, es decir que no cuenten con una participación igual o superior a una cuarta parte del accionariado ya que la condición de Consejero lleva aparejada la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad. Atendiendo al firme relato histórico, el demandado no ha sido poseedor del 50% hasta el 23-6-1998, desde esa fecha hasta el 13-3-2000 del 24,50% y desde el 2-5-2005 carece de toda participación por lo que en principio su posición respecto al capital social queda fuera de la presunción de control social con arreglo a la Disposición Adicional Vigésimo séptima de la L.G.S.S .

No consta que la demandante haya dejado sin efecto la afiliación del beneficiario por no ajustarse a las exigencias del artículo 97-2-k de la L.G.S.S . por lo que deberá entenderse que el mismo reúne las exigencias que

el precepto contempla, límite en la participación y desempeño de tareas de dirección o gerencia y retribución por ellas o por su condición de trabajador.

Mantenida la afiliación, ésta surte efectos, los que describe el artículo 97-2.k, con exclusión de la protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial. En cuanto a la Disposición transitoria 17ª de la Ley General de la Seguridad social ningún matiz introduce respecto al concepto de antigüedad al que se refiere la letra b) del apartado 2 del artículo 166, salvo su obtención gradual.

Establecido el límite prestacional en el ámbito de la Seguridad Social no existe razón para ampliar la exclusión, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades no significa traslado de la condición de asimilado al ámbito del Estatuto de los Trabajadores sino que la operatividad se limita al campo de las prestaciones y en ese, como hemos visto solo existen dos exclusiones. El principio de odiosa restringenda sunt impide llevar mas lejos de la previsión legal el impedimento para acceder a otras prestaciones y al no entenderlo así la sentencia recurrida infringió las normas objeto de denuncia por lo que debemos unificar con la doctrina con arreglo a lo resuelto en la sentencia de contraste, resolviendo el debate de suplicación con la desestimación del recurso de esa naturaleza sin que haya lugar a la imposición de costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.J .S.

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 representación procesal de D. Jose Daniel, contra de la sentencia dictada el 18 de julio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Sevilla), en recurso de suplicación n.º 2615/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Córdoba, en autos núm. 212/2012, seguidos a instancias del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a D. Jose Daniel . Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de esa naturaleza, confirmando la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, 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. Maria Milagros Calvo Ibarlucea 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.