

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sentencia de 28 de mayo de 2019
Sala de lo Social
Rec. n.º 398/2019

SUMARIO:

Jubilación activa. RETA. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia con el percibo del 100% de la pensión. Obligación de tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena. Contratación del trabajador por una sociedad respecto de la que el trabajador autónomo ostenta su control efectivo en los términos del artículo 305 TRLGSS. Para la Sala de Suplicación vale la contratación a través de la sociedad respecto de la cual el autónomo tiene su control efectivo, siempre que se mantenga el nivel de empleo, y esa interpretación no solo es acorde con la letra de la norma sino que también es la que mejor se ajusta a la finalidad de la política de envejecimiento activo, respetando a la vez la finalidad de mantenimiento del nivel de empleo en la empresa. Otra interpretación diferente supone acogerse a un formalismo, como es la existencia de una sociedad mercantil interpuesta, cuando en la realidad de las cosas trabajadores autónomos como el que aquí demanda ostentan el control efectivo de dicha sociedad mercantil. De esta manera, el jubilado que tenga derecho a la compatibilidad de un 50% de su pensión de jubilación con la realización de un trabajo autónomo (esta sería una exclusiva medida de envejecimiento activo) puede alcanzar el 100% de la compatibilidad si tiene contratado cuando menos a un trabajador por cuenta ajena (esta sería una medida mixta de profundización en la política de envejecimiento activo combinándola con una medida de política de empleo). En el supuesto de que sea un jubilado que inicia su actividad como autónomo, le obliga cuando menos a contratar a un trabajador, y, en el supuesto de que sea un jubilado que ya era autónomo y continúa la actividad como tal le obliga a mantener el nivel de empleo, por simple lógica con la medida de política de empleo que inspira la reforma legal, sin que se pueda sostener que se le obliga a contratar a un nuevo trabajador porque ello, aunque supondría atribuir una mayor intensidad a la medida de política de empleo, sería crear una exigencia que no contempla el artículo 214 TRLGSS. Por tanto, dada la literalidad de la norma, quien contrata tanto puede ser un autónomo individual como puede ser un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad empleadora. **Voto particular.** La medida no puede ser de aplicación a los pensionistas de jubilación en el RETA por su condición de societarios ya que en estos supuestos la inclusión en dicho régimen viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de la del trabajador autónomo. Requiere, por el contrario, que el pensionista de jubilación se encuadre como persona física en el RETA.

PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 214.2 y 305.

PONENTE:

Don José Fernando Lousada Arochena.

ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO
ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ
ILMO. SR. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a veintiocho de mayo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación nº 398/2019 interpuesto por D. Anselmo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, de fecha 19 de septiembre de 2018 , en autos nº 288/2017, instados por el aquí recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación activa. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, con fecha 18/4/2018 se presentó demanda por D. Anselmo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre pensión de jubilación activa y previos los trámites correspondientes, en su día se celebró la vista oral y el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2018 , en autos nº 288/2017, desestimando la demanda rectora del procedimiento.

Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal siguiente: " PRIMERO .- El demandante en fecha de 12/9/91 constituye junto a su esposa la empresa Transportes Álvarez Blanco S.L. por mitad siendo ambos representantes de la misma. Actualmente dicha empresa cuenta con cinco trabajadores. El demandante se dio de alta en el RETA el 1/10/92. SEGUNDO.- El actor solicitó el 15/11/17 la jubilación activa por realización de trabajos por cuenta propia que se desestima el 19/2/18. Interpuesta reclamación previa fue desestimada el 27/3/18."

Tercero.

La parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Anselmo contra el INSS y la TGSS debo absolverlos de los pedimentos deducidos en su contra manteniendo las resoluciones de 19/2/18 y 27/3/18 en sus estrictos términos."

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante y elevados los autos a este Tribunal, se dispuso, en su día, el pase de los mismos al Ilmo. Sr. Don JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO, señalándose para deliberación y fallo el día 24 del corriente, y, en la deliberación se acordó, al existir discrepancia, pasar la ponencia al Ilmo. Sr Don FERNANDO LOUSADA AROCHENA, anunciando voto particular el designado como inicial ponente, que se une a la presente Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia desestima la demanda rectora del procedimiento, articulada por Don Anselmo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre pensión de

jubilación activa y absuelve a las Entidades Gestoras demandadas de las pretensiones allí contenidas. Frente a dicha resolución se alza en suplicación el demandante, articulando su recurso, según el artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en atención a sendos motivos, para que se revise el relato histórico y se examine la normativa aplicada, solicitando en el suplico del recurso que, revocando la de instancia, se estime la demanda rectora de los autos.

Segundo.

En el motivo primero del recurso, el demandante pretende la revisión del ordinal primero de la resolución de instancia a cuyo efecto, con amparo procesal en el artículo 193, letra b), de la LRJS, interesa que se adicione al citado hecho probado un párrafo final del siguiente tenor "el demandante es el único consejero delegado del Consejo de Administración de la sociedad", apoyando su pretensión de revisión en la documental aportada como documento nº 3 de su ramo de prueba en el que se plasma la escritura de constitución de la sociedad datada en 12/9/1991, sin que haya de tener éxito la solicitud del actor habida cuenta de que la documental de referencia no determina la concurrencia de error de la juzgadora de instancia en cuanto a la hermenéutica y alcance de la prueba practicada, habiendo hecho uso de las facultades que le son propias y con arreglo a la sana crítica, a lo que cabe añadir que el texto que se pretende insertar no deviene determinante para la sustanciación del presente recurso de suplicación, de manera que, en consecuencia, ha de permanecer inalterado en su prístina redacción el relato histórico de la resolución de instancia.

Tercero.

Mejor suerte estimatoria ha de acompañar a la censura jurídica contenida en el motivo segundo del recurso, en el que con amparo procesal en el artículo 193, letra c), de la LRJS, el recurrente denuncia la infracción, por no aplicación, del artículo 214.2 de la LGSS, en la redacción dada por el apartado 1 de la D. F. 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, y ello por cuanto la compatibilidad hasta el 100% entre la pensión de jubilación y el trabajo autónomo que se pretende de conformidad con las normas citadas como infringidas, y que obligan al pensionista que trabaja como autónomo a tener contratado cuando menos a un trabajador por cuenta ajena, quedan cumplidas cuando, como es el caso de los presentes autos, la contratación del trabajador se ha realizado por la sociedad para la cual el autónomo desarrolla un trabajo que daría lugar a su encuadramiento en el RETA por ostentar, según los parámetros establecidos en el artículo 305 de la LGSS, el control efectivo de dicha sociedad.

Debemos recordar a los efectos de motivar esa conclusión que la D. F. 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, dio una nueva redacción al artículo 214.2 de la LGSS en cuya virtud, manteniendo incólume su párrafo primero según el cual "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", introduce un párrafo segundo según el cual "no obstante, 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"; asimismo esa D. F. 5ª modifica el apartado 5 del mentado artículo 214 para que, donde antes se decía 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", ahora se pase a decir que "finalizada la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación", y que "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"; finalmente esa D. F. 5ª introduce una D. F. 6ª bis a la LGSS según la cual "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".

A la vista de todo este bagaje normativo, la conclusión a alcanzar es que lo pretendido por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, es adherir una medida de política de empleo a una medida de envejecimiento activo, de manera que el jubilado que tenga derecho a la compatibilidad de un 50% de su pensión de jubilación con la realización de

un trabajo autónomo (esta sería una exclusiva medida de envejecimiento activo) puede alcanzar el 100% de la compatibilidad si tiene contratado cuando menos a un trabajador por cuenta ajena (esta sería una medida mixta de profundización en la política de envejecimiento activo combinándola con una medida de política de empleo); lo que, en el supuesto de que sea un jubilado que inicia su actividad como autónomo, le obliga cuando menos a contratar a un trabajador, y, en el supuesto de que sea un jubilado que ya era autónomo y continúa la actividad como autónomo (que, conviene precisarlo, ostenta el derecho a la compatibilidad plena porque el artículo 214 en su totalidad es aplicable al RETA por expresa remisión efectuada en el artículo 318.d) de la LGSS , sin que se establezca ninguna precisión adicional) le obliga a mantener el nivel de empleo por simple lógica con la medida de política de empleo que inspira la reforma legal (sin que podamos sostener que se le obliga a contratar a un nuevo trabajador porque ello, aunque supondría atribuir una mayor intensidad a la medida de política de empleo, sería crear una exigencia que no contempla ni el artículo 214 de la LGSS , que solo habla de "tener contratado", ni el 318.d) cuando se remite a aquel en orden a su completa aplicación al RETA); de manera que, en el momento en que se extinga el contrato del trabajador o se disminuya ese nivel de empleo, se perdería (como se deriva de la nueva redacción dada al apartado 5 del mentado artículo 214 de la LGSS) el derecho a la compatibilidad con el 100% de la pensión (sin perjuicio de poderse mantener en el 50% cuando se mantenga la actividad, pero sin embargo se incumpla la exigencia del empleo).

Hechas estas precisiones sobre el alcance de la reforma, y sin desconocer la existencia de doctrina de suplicación en contrario (aunque también de doctrina de suplicación a favor, lo que seguramente generará en un futuro jurisprudencia de unificación que, obviamente, esta Sala acatará en cuanto se produzca), la mayoría de la Sala considera (con un total respeto a la opinión manifestada en la sentencia de instancia, así como a la manifestada en el mismo sentido en el voto particular que acompaña a esta nuestra Sentencia) que, dada la literalidad de la norma, quien contrata tanto puede ser un autónomo individual como puede ser un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad empleadora (a quien muchas veces se le denomina, también en documentos administrativos, como empresario de hecho), aparte de que, cualquiera que sea el autónomo de que se trata, las finalidades de la norma quedan igualmente garantizadas. Más concretamente, esta conclusión se justifica:

- en primer lugar, porque la normativa internacional y europea, en el contexto de la prohibición de discriminación por razón de edad y de la instauración de medidas de flexibilidad y gradualidad en la jubilación y de envejecimiento activo, recomienda a las legislaciones nacionales posibilitar a las personas perceptora de pensión de jubilación la continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, así como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia (Recomendación 162 de la OIT, 1980, sobre los trabajadores de edad, apartado 30.3.b), o la inclusión en cualquier forma de actividad remunerada (Recomendación 82/857/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación);

- en segundo lugar, porque la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo recomienda que "hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión" y que "resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral" (Recomendación 25/1/2011);

- en tercer lugar, porque esas finalidades son las que inspiran el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que regula, en sus artículos 1 a 4 (que con la refundición de la LGSS de 2015 han pasado a configurar su artículo 214), la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena con la triple finalidad, según se afirma en su Exposición de Motivos, de favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores;

- en cuarto lugar, porque la reforma acometida en el artículo 214 de la LGSS de 2015 por la Ley 6/2017, de 24 de octubre , ha querido profundizar en la política de envejecimiento activo, pero adhirió a la norma (como antes se ha razonado) una medida de política de empleo, y la interpretación que ofrece el autónomo recurrente de que vale la contratación a través de la sociedad de la cual tiene su control efectivo siempre que se mantenga el nivel de empleo (como efectivamente se hace), no solo es acorde con la letra de la norma, también es la que

mejor se ajusta a la finalidad de la política de envejecimiento activo respetando a la vez la finalidad de mantenimiento del nivel de empleo en la empresa; y

- en quinto lugar, porque la intención legislativa de favorecer el envejecimiento activo es de tal determinación (y esto debe ser tomado en consideración a los efectos de atribuir un especial énfasis a la interpretación teleológica de la norma, cuando además esa interpretación casa perfectamente con su literalidad) que (como se deriva de la antes transcrita D. F. 6ª bis de la LGSS , introducida por la Ley 6/2017) la posibilidad de compatibilizar hasta el 100% incluso se pretende extender los demás trabajadores por cuenta propia, lo que supondría permitir esa compatibilidad total a los que no tienen contratados otros trabajadores.

Otra interpretación diferente supone acogerse a un formalismo como es la existencia de una sociedad mercantil interpuesta cuando en la realidad de las cosas si autónomos como el que aquí demanda que ostentan el control efectivo de dicha sociedad mercantil decidieran (precisamente por ostentar ese control efectivo) cesar en la actividad a consecuencia de su jubilación, podrían hacerlo o (menos drásticamente) podrían reducir el nivel de empleo (obviamente, asumiendo en todo caso las consecuencias jurídicas derivadas de los contratos de trabajo que estuviesen en vigor con su plantilla). Cobra sentido, en este contexto, tanto la finalidad de política de empleo de la norma tendente a mantener el empleo en las empresas aún a pesar de la jubilación de quienes de hecho son los empresarios (con independencia de que formalmente lo es la sociedad), como la interpretación que sostiene la mayoría de la Sala.

Resumiendo, la interpretación que, a juicio de la mayoría de la Sala, es la correcta (1) se corresponde con la literalidad de la norma que se interpreta (cuando dice "tener contratado"), (2) se compadece con las tendencias de política legislativa en relación con la tutela efectiva de las personas de edad, la jubilación gradual y flexible y el envejecimiento activo, plasmadas a nivel internacional, comunitario e interno, tanto en los documentos emanados del Pacto de Toledo como en las Exposiciones de Motivos de las Leyes y Decretos-leyes que han desarrollado esas tendencias de política legislativa, (3) así como con las finalidades de política de empleo adheridas a la norma que es objeto de interpretación, y (4) supone privilegiar el principio de primacía de la realidad al no establecer distinciones formalistas en perjuicio de quienes, aún constituyendo una sociedad formalmente contratante dentro de los cauces de la legalidad vigente, continúan siendo en la realidad los empresarios de hecho y, como tales empresarios de hecho, cumplen con las exigencias materiales establecidas en la norma en relación con el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa que regentan.

Cuarto.

En atención a lo expuesto, se estima el recurso de la parte demandante y, con revocación de la sentencia de instancia, se estima la demanda rectora de actuaciones.

En consecuencia,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Don Anselmo contra la Sentencia de 19 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense , dictada en autos seguidos a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación activa, la revocamos y, con estimación de las pretensiones de la demanda rectora de actuaciones, declaramos el derecho a la parte demandante a la compatibilidad total de su pensión de jubilación con el trabajo que viene realizando como autónomo, y, en consecuencia, condenamos a las partes demandadas, en sus respectivas responsabilidades, a abonarle el 100% de su pensión de jubilación en tanto mantenga la actividad y el nivel de empleo.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la

sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR que formulo yo, JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO, dentro del máximo respeto la opinión de la mayoría y al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , frente a la sentencia de esta Sala, dictada en el presente recurso de suplicación nº 398/2019 interpuesto por D. ANSELMO contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, de fecha 19 de septiembre de 2018 , en autos nº 288/2017, instados por el aquí recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación activa, pues aunque comparto la determinación de rechazar la revisión fáctica interesada por el recurrente, considero, sin embargo, que los fundamentos jurídicos y, consiguientemente, el fallo de la sentencia, deberían de haberse modificado con arreglo a lo que paso a exponer:

Primero.

El recurso articulado por la parte demandante, en el que al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , se denuncia la infracción, por no aplicación, del artículo 214.2 de la LGSS , en la redacción dada por el apartado 1 de la D. F. 5ª de la Ley 6/2017 de 24 de octubre , no debería de haberse estimado y ello por cuanto, en línea con lo resuelto en la instancia, considero que cuando en el artículo citado se deja patente la posibilidad de que el autónomo empleador cobre el 100 % de la prestación de jubilación, ha de entenderse que se refiere a la persona física que lleva a cabo de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas.

En tal sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de Asturias, de fecha 26/12/2018 (RSU 2239/2018) - que, cabe destacar, recayó en suplicación relativa al procedimiento nº 209/2018 del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, que el recurrente cita en el motivo segundo del recurso, habiendo estimado, la referida sentencia de la Sala de lo Social asturiana, el recurso de suplicación articulado por el INSS y revocando la resolución dictada por el referido Juzgado de lo Social ovetense con absolución de la Entidad Gestora - y de fecha 29/1/2019, razonando, entre otras consideraciones, que "(...) el requisito exigido solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en virtud del apartado 1º del artículo 305 LGSS ; solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación...la medida no puede ser de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por su condición de societarios o entidades sin personalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 305.2 b), c), d), e) y l) LGSS , ya que en estos supuestos la inclusión en el Régimen Especial viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de la de la trabajador autónomo...entender como hace la Juzgadora de instancia, que la contratación puede realizarse por el administrador único, incluido en Régimen Especial, que teniendo funciones de gerencia, dirección y representación actúa en nombre de la persona jurídica, y ello es válido a efectos de entender cumplido el requisito exigido por el artículo 224.2 LGSS , no es admisible pues también se incluyen en tal Régimen otras relaciones societarias y estos socios no tendrían la representación de la sociedad y no podrían realizar la contratación de tal manera...si bien es cierto que en un

principio y según un criterio externo que no aparece recogido en ninguna normativa, la Administración - Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social - consideraba que el autónomo societario también podría cobrar el 100% de su pensión, siempre que el trabajador contratado pertenezca al Sistema Especial para Empleados de Hogar de la Seguridad Social, tal criterio, que no era vinculante, ya ha sido objeto de modificación el 25 de julio de 2018; en primer lugar, se revisa el último punto, señalándose que el contrato por cuenta ajena que ha de formalizar el autónomo que quiera compatibilizar el 100% de la cuantía de la pensión de jubilación con la actividad por cuenta propia, debe enmarcarse en la actividad por la que se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en segundo lugar, se establece que el precepto no se aplicará a los pensionistas de jubilación incluidos en el Régimen Especial por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de sociedades, al no tener la condición de empresarios", resolviendo en la misma línea, la sentencia de la Sala de lo Social de Castilla León de fecha 8/3/2019 en la que se cita otra recurso de la propia Sala y se establece, entre otras consideraciones, que "(...) aun partiendo del hecho de que no existe criterio para excluir de la aplicación del artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social al administrador de una empresa, si este inicia una nueva actividad en la que se contrata nuevos trabajadores en la condición de autónomo, no puede estimarse el recurso, pues aquí no consta acreditado que estemos ante tal situación, sino que lo que ha resultado acreditado es que los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en la empresa...a la fecha de solicitar el actor la jubilación activa plena estaban celebrados con la empresa (sociedad limitada) y no con el actor como autónomo (persona física); en cuanto al espíritu de la Ley 6/2017 y su preámbulo, éste evidentemente es favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, pero ese aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa...", y más recientemente, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, de fecha 25/3/2019, en la que se señala que "(...) la cuestión litigiosa consiste en determinar si para poder acceder a la plena compatibilidad (100%) el precepto exige que la contratación de trabajadores por cuenta ajena lo sea como empresario persona física y no a través de una sociedad mercantil y en consonancia con el criterio que ya mantuvimos en nuestra reciente sentencia de 14/2/2019, entendemos que una interpretación literal de la norma nos lleva a concluir que este requisito solo puede ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) en virtud del apartado 1 del artículo 305 del TRLGSS, solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación; y es que el artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social habla específicamente de que el pensionista realice un trabajo por cuenta propia y acredite tener contratado "el pensionista" a un trabajador por cuenta ajena...". En la misma línea se han pronunciado las sentencias de los TSJ de Castilla y León de 23/1/2019; 8/3/2019 y 20/3/2019; del TSJ de Asturias de 29/1/2019, que se remite a la antes citada de 26/12/2018. A esta relación de sentencias que se pronuncian en la línea de la de instancia, cabe añadir la muy reciente de esta Sala de lo Social del TSJ de Galicia, aunque de otra sección, de fecha 11/4/2019, que fue firme, en la que, después de referirse al contenido de los artículos 214.1 y 2 y 305, ambos de la LGSS, establece que: "La discusión se refiere a si tiene derecho a percibir la pensión de jubilación en cuantía del 50% de la base reguladora, reconocida por la entidad gestora, o del 100% de la citada base reguladora, reclamada por el recurrente. Pues bien, con base en la normativa antes citada, la denuncia no puede prosperar, por los siguientes motivos: 1º- Es trabajador autónomo, trabajador independiente, empresario individual, la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, y aunque eventualmente utilice el servicio remunerado de otras personas. 2º- El artículo 305 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, distingue entre los trabajadores por cuenta propia o autónomos, personas físicas que realizan 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 (305.1) y aquellas personas que, a efectos de esa ley, se declaran expresamente comprendidas en el régimen especial, entre otros 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 de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal o directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, entendiéndose en todo caso que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social...(305.2.b).

3º.- El requisito exigido por el artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, solo 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 apartado 1º del artículo 305 del mismo texto legal , pues solo en este supuesto el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación. 4º- En los supuestos del artículo 305.2.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre contrata la Sociedad, que es el empresario, no la persona física jubilada. 5º El espíritu de la Ley 6/2017 y su preámbulo, es favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, pero ese aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que éste es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir o cesar a trabajadores como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa".

Segundo.

El caso que nos ocupa guarda innegable analogía con las situaciones que se contemplan en los asuntos a que nos hemos referido, habida cuenta de que el actor, afiliado al RETA, es representante de la empresa, junto con su esposa, y los trabajadores han sido contratados, no por el citado demandante como persona física, sino por la mercantil Transportes Blanco S.L., como establece el ordinal primero del relato fáctico y corrobora un análisis complementario e integrador de la documental de autos, en concreto, la relación nominal de trabajadores del folio 18, de manera que, cabe colegir de lo actuado, ya formaban parte de la plantilla de la empresa cuando el actor interesó que se le concediese la prestación de jubilación, tanto en el 50 % como posteriormente en el 100 % de la base reguladora, es decir, no se produjo un incremento del número de trabajadores ni siquiera contratados por la empresa y mucho menos por mor de la jubilación del aquí recurrente, siendo de reseñar que el artículo 305.1 de la LGSS 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", mientras que el apartado 2 del citado precepto, señala que "a los efectos de dicha ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial, entre otros: a) los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. b) 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 de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. 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...", de manera que considero que se requiere que el pensionista de jubilación, ex artículo 305.1 de la LGSS , se encuadre como persona física en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pues únicamente en dicho supuesto se produce la contratación de, cuando menos, un trabajador por cuenta ajena por parte del pensionista de jubilación que se encuadre como autónomo, lo que no se cumple cuando quien contrata es la empresa mercantil que, obviamente, no es la beneficiaria de la prestación de jubilación, aunque lo haga a través de sus representantes.

Tercero.

En atención a lo expuesto, cabe señalar que la posibilidad de que el autónomo empleador pueda acceder al percibo del 100% de la pensión de jubilación ha de entenderse referido únicamente para autónomos que sean persona física y se hallen integrados en el RETA por tal condición y no por ser representantes, socios, administradores o consejeros de una sociedad o entidad con personalidad jurídica propia y distinta a la del trabajador autónomo, por lo que, en el caso, establecido en el relato histórico que "el demandante en fecha de 12/9/91 constituye junto a su esposa la empresa Transportes Álvarez Blanco S.L. por mitad siendo ambos representantes de la misma. Actualmente dicha empresa cuenta con cinco trabajadores" y que "el demandante se dio de alta en el RETA el 1/10/92", así como que "el actor solicitó el 15/11/17 la jubilación activa por realización de trabajos por cuenta propia que se desestima el 19/2/18", considero que no se cumplen los requisitos que exige el

artículo 214.2 de la LGSS , pues, por más que la situación del actor es incardinable en el ámbito del artículo 305.2.b) de la LGSS , esto es "(...) aquellas personas que, a efectos de esa ley, se declaran expresamente comprendidas en el régimen especial, entre otros 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 de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal o directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, entendiéndose en todo caso que se produce tal circunstancia cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social" y no se trata de una persona física a la que se refiere el apartado 1 del meritado precepto.

Cuarto.

Además, en respetuosa discrepancia con la mayoritaria de los firmantes de esta resolución, entiendo que la expresión "tener contratados" que obra en el texto del artículo 214.2 de la LGSS , no debe interpretarse en el sentido de que se compute, a los efectos allí señalados, aquel o aquellos trabajadores que ya se inserten en la plantilla de la empresa, sino en el sentido de que, quien pretenda hacer uso de la medida de lucrar el 100 % de la prestación, haya de haber contratado, antes de la solicitud de la prestación en el citado porcentaje, a un trabajador, cuando menos, por cuenta ajena, en aras de favorecer el incremento de personas en situación de actividad laboral, con lo que supone de beneficio para la economía y, sin duda, para las arcas de la Seguridad Social, en momentos que no pueden, precisamente, calificarse de óptimos en atención a las consecuencias derivadas de la reciente crisis económica que, como en el resto de los de nuestro entorno, ha dejado su negativa impronta en nuestro País, siendo de señalar que cuando el propio preámbulo de la Ley 6/2107 se refiere, entre otras afirmaciones, a que "el trabajo autónomo tiene en España un destacado protagonismo al servicio de la generación de riqueza y de la actividad productiva y posee un importante peso específico en el mercado de trabajo, y si bien durante los años de crisis experimentó un significativo descenso, ha demostrado una importante capacidad de recuperación y un enorme potencial en cuanto a generación de empleo", no debe entenderse que esta última referencia, la de generación de empleo, sea la que haya de considerarse con menor peso específico en cuanto a la implantación de las medidas que integran el contenido de la Ley citada, además de que, a mi juicio, no se cumpliría el referido desideratum si, como se desprende de la sentencia que signa la mayoría de los componentes de este tribunal, se justifica la procedencia del incremento del porcentaje de pensión aunque no se cree, realmente, puesto de trabajo alguno, sin que pueda soslayarse que el hecho de que de "lege ferenda" constituya una pretensión del legislador ampliar la posibilidad de compatibilizar hasta el 100% a los demás trabajadores por cuenta propia, ello obviamente no determina que sea así de "lege data".

Quinto.

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, dentro del máximo respeto a la decisión adoptada por la mayoría de los componentes de esta sección de la Sala, y en línea con lo resuelto en las sentencias de los TSJ - no me consta que haya habido resolución alguna del TS sobre este particular hasta la fecha - considero que debería de haberse desestimado el recurso entablado por el demandante con la consiguiente confirmación de la sentencia combatida en el mismo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

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.