nº 30 (1er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 Julio de 2021

Active retirement and corporate self-employed person. Remarks on the Supreme Court Judgments of 23 July 2021

CARMEN SÁEZ LARA *Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Córdoba
https://orcid.org/0000-0001-6311-1398

Cita sugerida: SÁEZ LARA, C. "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 Julio de 2021". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 30 (2022):* 149-158.

Resumen

La jubilación activa de las personas que trabajan por cuenta propia les permite compatibilizar este trabajo con el 100% de la pensión de jubilación, siempre que tengan contratada al menos una persona trabajadora. El Tribunal Supremo limita, en las sentencias comentadas, esta jubilación activa plena a la persona física autónoma, que contrata directamente al menos a una persona trabajadora por cuenta ajena. Las sentencias resultan ajustadas al marco legal y constitucional.

Palabras clave

jubilación activa; persona trabajadora por cuenta propia; persona autónoma societaria

Abstract

The active retirement of self-employed persons allows them to combine this work with 100% of their retirement pension, provided that they have at least one employee. In the judgments mentioned above, the Supreme Court limits this full active retirement to self-employed individuals who directly employ at least one person. The rulings are in line with the legal and constitutional framework.

Keywords

active retirement; self-employed person; self-employed corporate person

1. PRESENTACIÓN

El Tribunal Supremo ha resuelto en unificación de doctrina la cuestión relativa al acceso a la jubilación activa plena de las personas autónomas societarias, en el sentido desestimatorio mantenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y avalado por la mayor parte de la doctrina judicial. La compatibilidad entre trabajo por cuenta propia y el 100% de la pensión de jubilación queda así limitado a la persona física autónoma, que contrata directamente al menos a una persona trabajadora por cuenta ajena.

Este asunto litigioso se ha decidido por el TS en seis sentencias, de fecha de 23/7/2021, estimatorias de los recursos para unificación de doctrina números 2956/2019; 4416/2019; 1328/2020;1459/2020; 1515/2020 y 1702/2020. En todas ellas, la fundamentación jurídica es coincidente, de conformidad con los principios de igualdad y seguridad jurídica, al no concurrir elementos divergentes entre los supuestos fácticos. Salvo las SSTS núm. 842/2021 y núm. 844/2021, resolutorias de recursos frente a sentencias del TSJ de Galicia, las demás sentencias han

Fecha Recepción: 23/12/2021 – Fecha Revisión: 7/1/2022 – Fecha Aceptación: 7/1/2022
Pags. 149-158

revocado sentencias del TSJ de La Rioja[1]. Con posterioridad, la STS de 21/9/2021 (rcud 1539/2020) ha fallado en igual sentido, revocando una nueva sentencia del TSJ de La Rioja[2].

Un repaso sobre los supuestos de hecho nos identifica, como solicitantes de la jubilación activa plena, personas autónomas societarias jubiladas activamente. Concretamente, en la STS 842/2021 (rcud 2956/2019) el solicitante constituyó junto a su esposa una sociedad limitada por mitad, siendo ambos representantes de esta mercantil, que cuenta con cinco trabajadores. En la STS 843/2021 (rcud 4416/2019) el actor y su esposa habían constituido una sociedad limitada en la que aquel era titular de 560 acciones y su esposa de 5, ostentando el cargo de administrador único de la sociedad, que tenía contratados a seis trabajadores. En la STS 844/2021 (rcud 1328/2020) el solicitante de la jubilación activa plena es un socio administrador de tres entidades, constituidas bajo la forma jurídica de sociedades limitadas, que tienen contratadas a cuatro, tres y una persona trabajadora, respectivamente. En la STS 845/2021 (rcud 1459/2020) el actor es socio de una sociedad limitada, titular del 25% de las participaciones sociales y sus tres hijas, titulares del 25% cada una de ellas y ostenta el cargo de administrador solidario de dicha sociedad, que tiene contratadas a once personas trabajadoras por cuenta ajena. En la STS 846/2021 (rcud 1515/2020) la solicitante de la jubilación activa completa es trabajadora autónoma, miembro del Consejo de Administración de una sociedad anónima y titular del 50% de las acciones de esta, que tiene contratados a treinta y un trabajadores por cuenta ajena. Y finalmente, en la STS 847/2021 (rcud 1702/2020) el actor es administrador único de una sociedad limitada, titular de un 50% de las participaciones (su mujer es titular del 50% restante), jubilado activamente, y la sociedad tiene contratados a nueve trabajadores por cuenta ajena.

Las sentencias de suplicación impugnadas habían declarado el derecho de estas personas autónomas a percibir la pensión activa, en cuantía del 100% de su base reguladora mensual. De esta forma, habían sido revocadas las diversas resoluciones de las direcciones provinciales del INSS denegatorias de dicha solicitud, "al no desprenderse de los datos existentes en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) la existencia de trabajadores por cuenta ajena a cargo de los trabajadores autónomos". En todos los casos, las personas autónomas societarias, jubiladas activamente, tenían reconocida la compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y el 50% de la prestación por jubilación.

Pues bien, el debate litigioso en casación consistirá en dilucidar si una persona autónoma societaria tiene derecho a percibir la pensión de jubilación compatible con el trabajo, en la cuantía del 100%. La sentencia de contraste, en los recursos resueltos por las seis sentencias de 23/7/2021 ahora comentadas, ha sido la STSJ de Asturias de 26/12/2018 (rec 2239/2018). En este caso, el demandante, afiliado al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA), solicitó la pensión de jubilación activa alegando que él y su mujer estaban encuadrados en dicho Régimen y tenía tres trabajadores por cuenta ajena. El actor era el administrador único de la sociedad y titular de 80 de las 180 participaciones sociales. La sentencia referencial revocó la sentencia de instancia, que había reconocido la pensión de jubilación activa en la cuantía del 100% de la base reguladora.

La cuestión planteada sería pues decidir si, la "actividad por cuenta propia", requerida para compatibilizar el 100% de la pensión de jubilación, se refiere únicamente a la autónoma, persona física, que acredita tener contratada, al menos, a una persona trabajadora por cuenta ajena o, por el contrario, incluye también a la persona consejera o administradora de sociedades mercantiles, que ejerce funciones de dirección o gerencia o realiza otros servicios para las sociedades, o cuyo control

[1] En concreto, la STS 842/2021 revoca la STSJ Galicia 28/5/2019 (rec. 398/19); la STS 843/2021 revoca la STS La Rioja 10/10/2019 (rec. 101/2019); la STS 844/2021 revoca las TSJ Galicia de 14/2/2020 (rec 3225/2019); la STS 845/2021 revoca la STSJ La Rioja 5/3/2020 (rec. 20/2020); la STS 846/2021 revoca la STSJ La Rioja 5/3/ 2020 (rec. 32/2020) y la STS 847/2021 revoca la STSJ La Rioja 18/6/2020 (rec. 49/2020).

[2] El TSJ de La Rioja ha cambiado de criterio afirmando que la compatibilidad plena de la pensión de jubilación en la cuantía del 100% con la actividad por cuenta propia solo es posible en el caso de los autónomos personas físicas, no de los societarios en la Sentencia 129/2021, de 2 de septiembre (JUR 2021\343211).

mantiene efectivamente, teniendo dichas sociedades contratadas a varias personas trabajadoras por cuenta ajena.

2. REFERENCIAS NORMATIVAS RELEVANTES

La interpretación del art. 214.2, párrafo 2º en relación con el art. 305.1 y 2.b), ambos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) protagoniza el debate. La doctrina judicial es contradictoria en suplicación al aplicar este precepto, oscilando entre reconocer a las personas autónomas societarias el derecho a percibir el 100% de la pensión de jubilación activa (por considerar que no es preciso que la contratación de trabajadores se produzca por la persona física jubilada activamente, siendo posible también la contratación por la sociedad de la que está forma parte) y la interpretación judicial que les deniega el 100% de la pensión de jubilación activa, argumentando que solo procede reconocer ésta cuando el jubilado activo, que contrata, es persona física.

El art. 214.2 LGSS establece que 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. 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.

Este art. 214.2 LGSS regula, en primer lugar, la denominada jubilación activa ordinaria, que instauró el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo y que permite compatibilizar trabajo (por cuenta propia y ajena) y recibir la pensión de jubilación en un porcentaje del 50%, siempre que se cumplan los requisitos exigidos[3]. Como explicaba el preámbulo de este RDL 5/2013, la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia tiene como finalidad "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 segundo lugar, el art. 214.2 LGSS regula una jubilación activa extraordinaria, en la que la compatibilidad alcanza al 100% y, exclusivamente, a favor del trabajador por cuenta propia que tenga contratado al menos a un trabajador. Esta figura, introducida por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, como explicaba en su preámbulo, pretende mejorar "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".

La citada Ley 6/2017 también incorporó una disposición final sexta bis a la LGSS, titulada: "Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena", con el contenido siguiente: "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".

De otra parte, el art. 305.2.b) LGSS establece que, a los efectos de esta ley, se declaran expresamente comprendidos en el régimen especial de trabajadores 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 de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella.

[3] El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, que el porcentaje aplicable a la pensión causada alcance el 100% y la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo o parcial.

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 concurra alguna 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."

También se apela, en el presente caso, a la igualdad de trato entre las diversas personas que trabajan por cuenta propia, por lo que se cita el art. 14 CE, al establecer que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Finalmente, es preciso recordar el cuadro interpretativo y regulador integrado por el apartado 30 de la Recomendación núm. 62 OIT sobre los trabajadores de edad, de 1980; 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 y la Recomendación de 25 de enero de 2011, del Pacto de Toledo (BOE de 21 de enero de 2011).

3. POSTURA DE LA ENTIDAD GESTORA

El INSS ha mantenido una interpretación literal del citado art. 214.2 LGSS, afirmando que el requisito de la contratación de un trabajador por cuenta ajena, necesario para el acceso a la jubilación activa plena, solo puede ser acreditado por el trabajador autónomo persona física adscrito al RETA, en virtud del art. 305.1 LGSS. “Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena será contratado por el trabajador autónomo pensionista de jubilación”.

Por tanto, esta medida no será de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el RETA, de conformidad con lo previsto en el art. 305.2 b), c), d), e) y l) LGSS, ya que en estos supuestos la inclusión en el RETA viene establecida por su condición de consejero o administrador, socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias, socios trabajadores de sociedad limitada o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia, distinta a la del trabajador autónomo; entidad que, en virtud de su personalidad jurídica propia, actúa como empresario ante la TGSS, es decir, los autónomos societarios no tienen derecho a la prestación de jubilación activa del 100%, sino a la prestación de jubilación activa del 50%[4].

De otra parte, puede ser conveniente recordar algunos otros criterios de gestión del INSS sobre la jubilación activa. En el caso de compatibilidad entre la realización de una actividad por cuenta propia y el percibo de la pensión de jubilación, en cuantía equivalente al 100%, el contrato de trabajo por cuenta ajena cuya acreditación se exige podrá ser celebrado a jornada completa o parcial. En un primer momento, el criterio del INSS entendía cumplido este requisito si el trabajador autónomo acreditaba la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el Sistema Especial de Empleados del Hogar. Por el contrario, actualmente el INSS ya mantiene que dicho trabajador ha de estar vinculado a la actividad del trabajador autónomo.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la doctrina judicial que exige que el servicio remunerado y dependiente de la otra persona -el trabajador por cuenta ajena que trabaja para un autónomo- lo ha de ser para la (misma) actividad económica o profesional que desempeñe el autónomo (persona física), ya que se trata de facilitar la actividad emprendedora e incentivar la creación de puestos de trabajo. No sería válida, en consecuencia, a los efectos de la jubilación activa

[4] Criterio de gestión del INSS 18/2018.

plena, la contratación que da lugar a la inclusión del trabajador en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar[5].

4. DISPARIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

La cuestión resuelta por las sentencias objeto de este comentario había sido conocida e interpreta por múltiples pronunciamientos de diversos tribunales superiores de justicia que, de forma mayoritaria, habían acogido ya el criterio interpretativo interno del INSS[6].

Cuando el art. 214.2 LGSS dispone, en su segundo párrafo 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, se está refiriendo a un trabajo por cuenta propia realizado por el propio pensionista; y a "tener contratado", al menos, a un trabajador por cuenta ajena en esa actividad por cuenta propia a que la norma se refiere. Es la interpretación, se afirma, más acorde, de un lado, con la fase de implantación, progresiva en el tiempo, del régimen de compatibilidad a que nos referimos, y, de otro, con la propia terminología y sistemática legal: se trata de facilitar la actividad emprendedora, de favorecer la permanencia en una vida laboral activa, y asimismo de incentivar la creación de puestos de trabajo"[7].

Para esta línea de doctrina judicial, al igual que hemos visto sostiene el criterio de gestión del INSS, existe incompatibilidad para cobrar el 100% de la pensión de jubilación cuando se trata de un trabajador encuadrado en el RETA que ostenta la condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, entidad que en virtud de su personalidad jurídica propia actúa como empresario ante la TGSS. Se trata pues de una interpretación literal de la norma de que el requisito de la contratación de un trabajador por cuenta ajena solamente 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 de lo establecido en el art. 305.1º LGSS, ya que solamente en estos casos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación[8].

Esta interpretación se afirma es la que casa y entronca mejor con el espíritu de la Ley 6/2017, plasmada en su Preámbulo del que se desprende claramente que en todo momento la norma está aludiendo a la necesidad de mejorar las necesidades de supervivencia de la actividad empleadora y su fortalecimiento, actividad emprendedora vinculada directamente a los autónomos personas físicas regulados por el art. 305.1º LGSS[9]. Una conclusión a la que se llega cuando se analiza que la jubilación del colectivo de autónomos societarios no incide directamente en el mantenimiento de empleo o en su creación, lo que significa que la contratación de un trabajador por la sociedad no constituye una medida de fomento de empleo[10].

---

[5] STSJ de Cantabria de 29/5/2020 (rec 255/ 2020); STSJ de Madrid de22/7/2021 (rec 392/2021).

[6] STSJ de Madrid de 25/9/2019 (rec 198/19) o de 23/7/2019 (rec 57/19) entre muchas otras de este Tribunal; STSJ de Asturias de 10/12/2019 (rec 1581/19); del TSJ de Aragón de 22/1/2020 (rec 683/19) o del TSJ de Canarias de 8/1/2020 (rec 894/19),

[7] STSJ de Aragón de 22/9/2020 (rec. 355/2020) FJ 4. En igual sentido, SSTS de Aragón de 27/4/2020 (rec. 125/2020) de 12/6/2020, (rec 191/2020) de 6/7/2020, (rec 247/2020) y de 20/7/2020, (rec 272/2020). Un comentario de esta sentencia: ROMERO RÓDENAS, M. J., "Pensión de jubilación activa en socio y administrador único de sociedad mercantil: incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación", *Revista de jurisprudencia laboral*, núm.10, 2020. También de esta autora: "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, 2020; *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019.

[8] STSJ de la Comunidad Valenciana de 4/3/2021 (rec 2068/2020); STSJ de Asturias de 9/2/2021 (rec 54/2021); STSJ de Islas Canarias de 29/9/2020 (rec 511/2020).

[9] STSJ de Cataluña de 14/5/2021 (rec 1236/201).

[10] STSJ de Madrid, de 28/5/2021 (rec 93/2021).

Finalmente, esta interpretación también se considera avalada por lo dispuesto en la disposición final sexta bis de la LGSS, al señalar que con posterioridad, se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el régimen de compatibilidad, que implica cobrar la pensión de jubilación al 100%; lo que significa que esta previsión prevé diferencias entre los autónomos personas físicas y societarias Este precepto, se afirma, corrobora que el régimen de compatibilidad establecido en el art. 214.2 LGSS establece diferencias entre los autónomos societarios y autónomos personas físicas[11].

De otra parte, algunos tribunales superiores se habían pronunciado a favor de la compatibilidad plena de la pensión de jubilación con la actividad de las personas autónomas societarias. En esta línea se sitúan las SSTSJ de Galicia de 5/7/2021, (rec 432/2021) y 28/5/2019 (rec 398/2019)[12] que interpretan de forma extensiva la condición del trabajador autónomo, tanto en su condición de autónomo persona física, como autónomo societario con el efectivo control de la sociedad.

La fundamentación de esta tesis se sitúa de partida en el marco normativo internacional y europeo, que "recomienda a las legislaciones nacionales posibilitar a las personas perceptoras 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). En igual sentido 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". Esta es la finalidad que inspira las medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, tanto en la Exposición de Motivos como en los arts. 1 al 4 del RDL 5/2013, es decir, "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" (Recomendación 25/1/2011).

En el referido contexto, se argumenta que la reforma acometida en el artículo 214.2 LGSS por la Ley 6/2017, ha querido profundizar en la política de envejecimiento activo, además de incorporar una medida de política de empleo, para la cual tanto debe valer la contratación a través de la sociedad de la cual se tiene su control efectivo, siempre que se mantenga el nivel de empleo, como si fuera ella como persona física quién hubiera realizado dichas contrataciones, pues no solo es acorde con la letra de la norma, sino que 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. Una interpretación diferente, se afirma, supondría acogerse a un formalismo excesivo y dejaría de incentivar el referido envejecimiento activo. Cobra todo su 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).

En definitiva, esta interpretación sostiene que se corresponde con la literalidad de la norma que se interpreta (cuando dice "tener contratado"), 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, así como con las finalidades de política de empleo adheridas a la norma, que es objeto de interpretación, y supone privilegiar el principio de primacía de la realidad al no establecer distingos formalistas en perjuicio de quienes, aun constituyendo una sociedad formalmente contratante dentro de los cauces de la

[11] STSJ de Andalucía, de 20/5/2021 (rec 1138/2019).

[12] Así como la STSJ Galicia de 14/2/2020 (rec 3225/2019) revocada por la STS 844/2021, que es una de las seis sentencias ahora comentadas.

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[13].

También en esta segunda línea se situaban las diversas sentencias del STSJ de La Rioja, que han sido revocadas por las sentencias objeto de este comentario[14].

5. DOCTRINA UNIFICADA

La compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa (en la cuantía del 100%) con el trabajo exige, conforme al tenor literal del art. 214.2 LGSS, dos requisitos: realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. Las Sentencias del TS objeto del presente comentario parten de una interpretación de este precepto que no incluye expresamente a la persona autónoma societaria, cuya mercantil tiene contratado al menos a una persona trabajadora. A estos efectos, la Sala realiza una aplicación estricta de las dos exigencias de la jubilación activa.

Por lo que se refiere al primero de estos requisitos, "realizar actividad por cuenta propia", sostiene el Tribunal que el art. 305 LGSS y el art 1º de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) incluyen una definición de autónomo persona física y además efectúan ampliaciones de su ámbito de aplicación, insertando, entre otros supuestos heterogéneos de actividad por cuenta propia, la efectuada por los autónomos societarios. Y, como consecuencia de ello, resulta esencial diferenciar al "autónomo societario" respecto del "autónomo clásico" -quien actúa como persona física- dado que, según cual sea esta clasificación, resulta afectada la responsabilidad patrimonial del trabajador independiente.

Este último responde de sus deudas, incluidas las salariales 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 "autónomo societario" 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. 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); y soslayarlo para lo que pueda ser desfavorable.

Por lo que se refiere al segundo requisito exigido "tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena" si la empresa es una sociedad mercantil, el empleador es la persona jurídica y no sus consejeros o administradores. La sociedad tiene una personalidad jurídica diferenciada con responsabilidad limitada. 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.

Una vez alcanzada esta interpretación del art. 214.2, párrafo 2º LGSS, que no incluye expresamente a la persona autónoma societaria jubilada, cuya mercantil tiene contratado al menos a

[13] LOUSADA AROCHENA, J.F., RON LATAS, R. P., *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Laborum, Murcia, 2019, págs. 124-127.

[14] La STS La Rioja 10/10/2019 (rec 101/2019) revocada por la STS 843/2021; la STSJ La Rioja 5/3/2020 (rec 20/2020) revocada por la STS 845/2021; la STSJ La Rioja 5/3/ 2020 (rec 32/2020) revocada por la STS 846/2021 y la STSJ La Rioja 18/6/2020 (rec 49/2020) revocada por la STS 847/2021.

una trabajadora, en segundo lugar, el TS se plantea la pregunta de si debería realizarse una interpretación de este precepto que incluyera un supuesto que no está expresamente previsto. Y la respuesta será negativa atendiendo a dos argumentos fundamentalmente.

Primero, que la finalidad de la citada 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, pues solamente la jubilación del empresario que tiene la condición de persona física es causa de extinción de los contratos de sus trabajadores (art. 49.1.g) ET). La jubilación activa plena también para los autónomos societarios significaría así la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo.

Segundo, 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.

Además, debe tenerse en cuenta que la disposición final sexta bis de la LGSS, introducida por la Ley 6/2017 (al prever posteriormente la ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad) 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. De otra parte, 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.

Y finalmente, no puede invocarse el principio de igualdad del art. 14 CE entre los autónomos societarios y los autónomos que no han constituido una sociedad porque no son términos de comparación homogéneos. Como antes ha argumentado el TS, ni la jubilación del autónomo societario afecta al empleo, ni ostenta la condición de empleador, (que tiene la mercantil), ni responde con su patrimonio personal de las deudas salariales y de Seguridad Social; a diferencia de lo que sucede con los autónomos que desarrollan su actividad actuando como persona física.

6. VALORACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TS

De partida, no puede dejar de señalarse que, en las sentencias comentadas, el TS es plenamente consciente de que su interpretación tiene una debilidad, que, sin embargo, no desvirtúa la tesis seguida, toda vez 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) ET) de forma que el despido del trabajador con motivo de dicha jubilación se califica de improcedente[15]. 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. Y hemos de recordar, en efecto, que los tribunales avalan el acceso a la jubilación plena en el caso de autónomos constituidos en una comunidad de bienes, porque, en este caso, éstos sí son empleadores de trabajadores por cuenta ajena y existe una responsabilidad patrimonial personal; y ello aunque si se jubilan varios autónomos de la comunidad de bienes (y ésta tiene contratado a un solo trabajador) nada impide que todos ellos tuvieran derecho a la pensión de jubilación al 100% y aunque, también, la jubilación de un sólo comunero no provoque el cese de la actividad[16].

[15] SSTS de 15/4/1992 (rec 1713/1991) y 25/6/1992 (rec1844/1991).

[16] STSJ de Islas Baleares de 2/9/2020 (rec. 46/2020) Sobre este tema, FERRANDO GARCÍA, F.M, "El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de sociedad civil irregular", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 439, 2019. págs. 189-196.

Pues bien, señalada este punto débil de las sentencias que, sin embargo, no resta fuerza a su argumentación, hemos de destacar que la importancia de las sentencias comentadas radica fundamentalmente en la frecuencia del supuesto planteado, dado el número de pequeñas empresas que caracteriza nuestro sistema productivo. Además, aunque es limitado el volumen de jubilaciones derivadas del envejecimiento activo, el 80% de las mismas corresponden a solicitudes de trabajadores autónomos, pues la jubilación activa es una figura de difícil implantación en el ámbito del trabajo por cuenta ajena.

Además, esta importancia también se conecta con el hecho de que la heterogeneidad de la actividad de las personas de este régimen especial motiva frecuentemente conflictos interpretativos de normas relativas a las mismas. Desde esta perspectiva debe señalarse que las sentencias comentadas han sido criticadas precisamente por no seguir el amplio criterio adoptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en la interpretación del art. 31 LETA. El problema entonces planteado era si la reducción de la cuota de cotización que establece el art. 31 LETA solo es aplicable a los socios de las formas jurídicas que enumera el apartado 3 de ese art. 31; o si puede aplicarse a otros colectivos no mencionados en ese apartado del precepto, en particular, al socio administrador que reúne las condiciones previstas en el artículo 1.2 c) LETA, es decir a 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, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla..

Las SSTS (Sala Contencioso-Administrativo) de 3/12/2019 (rec 5252/2017), 27/2/2020 (rec 1697/2018) y 4/3/2020 (rec 2008/2018) han reconocido también el acceso a la bonificación de la cuota a estas personas autónomas (por ejemplo, a socios administradores de sociedades de capital). Se argumenta que la expresa mención en el citado art. 31.3 LETA de los socios de sociedades laborales y de los socios trabajadores de sociedades cooperativas de trabajo asociado, entre los beneficiarios, no tiene por qué conllevar la necesaria exclusión de todo trabajador autónomo, que sea socio de alguna sociedad de capital al margen de las circunstancias específicas de esa condición. Si se trata de reconocer los beneficios del art. 31 a una "persona joven sin actividad laboral previa, que inicia una actividad económica y, en lugar de hacerlo personalmente, opta por su personificación jurídica societaria por estrictas razones de utilidad económica"; esta interpretación no es incompatible, sino todo lo contrario, con el objetivo de estimular la iniciativa empresarial, en especial de los jóvenes, y promover el autoempleo. Se debe reparar en que no se está favoreciendo a un socio capitalista desvinculado de la actividad de la empresa sino, en realidad, a quien realiza esa actividad por sí misma y que no ha sido reconocida como trabajadora autónoma.

En consecuencia, no pueden compartirse las objeciones formuladas a las sentencias comentadas, desde la perspectiva de las citadas sentencias de lo Contencioso Administrativo, pues la finalidad de la norma (art. 31 LETA) aboga por esta interpretación del Tribunal Supremo; mientras que, en el conflicto resuelto por las sentencias de lo Social, la finalidad de la norma interpretada (art. 214.2 párrafo 2º LGSS), su carácter de excepción a la regla general y la previsión legal de implantación progresiva de la misma conducen directamente a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo.

En definitiva, desde el punto de vista jurídico, la interpretación del TS en las sentencias objeto de este comentario resulta razonable y razonada, con independencia de que puedan realizarse observaciones de oportunidad. Por tanto, será necesario esperar a una reforma normativa, tal y como se solicita desde las organizaciones de autónomos, que modifique la regulación de la jubilación activa y permita acceder a la compatibilidad plena entre actividad y pensión a aquellas personas trabajadoras autónomas que tengan el control directo o indirecto de una sociedad, con la finalidad de seguir avanzando en el envejecimiento activo de las personas que trabajan por cuenta propia.

7. BIBLIOGRAFÍA

FERRANDO GARCÍA, F.M, "El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de sociedad civil irregular", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 439, 2019.

LOUSADA AROCHENA, J.F., RON LATAS, R. P., *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo*, Laborum, Murcia, 2019.

ROMERO RÓDENAS, M. J., "Luces y sombras de la pensión de jubilación activa y su compatibilidad con el trabajo: ¿jubilación y compatibilidad con el trabajo por cuenta propia de autónomo societario?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, 2020; *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019.

ROMERO RÓDENAS, M. J., "Pensión de jubilación activa en socio y administrador único de sociedad mercantil: incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y percepción del 100 por 100 de la pensión de jubilación", *Revista de jurisprudencia laboral*, núm.10, 2020.