

El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de sociedad civil irregular

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 100/2019, de 25 de marzo**

Francisca M.^a Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

1. Planteamiento y marco normativo

La tradicional regla de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación se halla en la actualidad sometida a importantes excepciones que revelan un cambio de paradigma hacia «un seguro de rentas de vejez», en el que la situación de necesidad protegida deja de ser la pérdida de ingresos como consecuencia del cese en el trabajo, bastando el cumplimiento de la edad establecida y la acreditación del periodo de carencia exigido –Vicente Palacio, A. (2018), Empleo y jubilación: ¿reconstrucción o cambio de paradigma? *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 40, p. 8–.

Resumidamente, la vigente normativa autoriza la compatibilidad de la pensión y las rentas del trabajo bajo las modalidades de jubilación parcial (anticipada y diferida), jubilación flexible y jubilación activa, a las que se suma la posibilidad de realizar una actividad por cuenta propia, siempre que los ingresos anuales derivados de la misma no superen el salario mínimo interprofesional. Dichas excepciones se hallan fundadas en motivos tan dispares y, en cierto modo, contradictorios como la necesidad de garantizar la salud psicofísica de las personas trabajadoras de edad avanzada, la promoción del envejecimiento activo, el fomento del empleo y relevo generacional, e, incluso, los intereses del beneficiario en complementar su pensión con rentas del trabajo y el sostenimiento del sistema.

Especial mención merece la denominada «jubilación activa», fórmula de compatibilidad introducida, en aplicación de las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea de

Cómo citar: Ferrando García, F. M.^a (2019). El controvertido acceso a la jubilación activa plena de la persona socia de sociedad civil irregular. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 100/2019, de 25 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 439, 189-196.

10 de julio de 2012, por el [capítulo I del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo](#), consistente en la posibilidad de continuar o, incluso, iniciar, tras el cumplimiento de la edad de jubilación, una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, ya se realice a tiempo parcial o completo, y percibiendo el 50 % de la pensión de jubilación. Esta posibilidad se justificó en la prohibición de discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo y, al menos en la letra de la ley, en la promoción del envejecimiento activo, aunque sin la necesaria adopción de medidas de tutela específicas que deberían acompañar a la prolongación de la vida laboral de personas de edad avanzada. Asimismo, se ha señalado que esta medida contribuye al mantenimiento del empleo, toda vez que el cese de la actividad deja de ser un presupuesto del acceso a la pensión de jubilación por parte del empleador persona física.

Quizá por esta última razón, la [Ley 6/2017, de 24 de octubre](#), de reformas urgentes del trabajo autónomo, introdujo la posibilidad de compatibilizar el 100 % de la pensión de jubilación con el trabajo autónomo «si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena» ([art. 214.2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)). Así pues, a partir de la fecha de entrada en vigor de esta medida (el 26 de octubre de 2017), aquellas personas que se hallaran en situación de jubilación activa, percibiendo el 50 % de la pensión de jubilación causada, y pudieran acreditar la contratación de un trabajador por cuenta ajena, podrían solicitar el incremento de la pensión al 100 %.

No obstante, la aplicación del [artículo 214.2 de la LGSS](#) ha generado incertidumbre interpretativa y litigiosidad, de la que es prueba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Navarra 100/2019, de 25 de marzo, en la que se aborda el derecho de determinado pensionista de jubilación activa, afiliado al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) en virtud de su condición de socio de una sociedad irregular, a percibir el 100 % de la pensión.

2. Síntesis del relato fáctico

En el caso enjuiciado, el trabajador, encuadrado en el RETA, dirigía una autoescuela desde 1985. En el año 2002 constituye una sociedad irregular junto con su esposa para continuar ejerciendo la actividad de enseñanza en la conducción de vehículos. Ambos contrataron a un trabajador por cuenta ajena en el año 2013. Un año más tarde, el trabajador accedió a la jubilación en su modalidad de jubilación activa, percibiendo el 50 % de la pensión de jubilación. En noviembre de 2017 solicitó la compatibilidad plena de la pensión de jubilación con el trabajo y, por tanto, el incremento de la pensión al 100 %.

Mediante Resolución de 18 de diciembre de 2017, la Dirección Provincial de Navarra del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) denegó el incremento solicitado, alegan-

do que el solicitante no cumplía los requisitos establecidos a tal fin por el [artículo 214.2 de la LGSS](#). La resolución señalaba que la inclusión del trabajador en el RETA venía dada por su condición de consejero, administrador o socio comunero de una entidad con personalidad jurídica propia, distinta de la del autónomo persona física. En consecuencia, era dicha entidad, y no este, quien actuaba como empresario del trabajador por cuenta ajena ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

El 30 de enero de 2018, el trabajador interpuso reclamación previa frente a dicha resolución, que fue igualmente desestimada mediante resolución del INSS, emitida el 5 de febrero de 2018. El Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona/Iruña estimó la demanda interpuesta por el trabajador contra el INSS y la TGSS, acordando incrementar al 100 % la pensión de jubilación, con efectos de 6 de noviembre de 2017. Dada su discrepancia con la sentencia de instancia, el INSS interpuso recurso de suplicación, fundado en el [artículo 193 c\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), en el que se denunciaba infracción del [artículo 214.2 de la LGSS](#), así como del [artículo 305.2](#) del mismo cuerpo legal.

3. Fallo y doctrina judicial

La [STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2019](#) analiza la cuestión de forma muy sucinta, asumiendo la postura del INSS, contraria a la concesión del incremento al 100 % de la pensión de jubilación cuando la contratación por cuenta ajena no se realice directamente como empresario persona física, sino a través de una sociedad.

En este sentido, reitera la doctrina sentada por la propia sala en su [Sentencia 52/2019, de 14 de febrero](#), que se apoya en el criterio de interpretación literal del [artículo 214.2 de la LGSS](#), en relación con el [artículo 305.1](#) de la misma norma. A tenor de la sentencia, la exigencia de que el pensionista realice un trabajo por cuenta propia y acredite tener contratado a un trabajador por cuenta ajena solamente puede concurrir cuando el titular de la pensión de jubilación actúe como empresario persona física.

Si bien la sentencia reconoce que el [artículo 214.2 de la LGSS](#) no distingue entre empresario persona física y autónomo societario, para reforzar su tesis, trae a colación el criterio de interpretación finalista esgrimido por la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de noviembre de 2018 \(rec. 1179/2018\)](#), aludiendo al espíritu de la [Ley 6/2017](#), que introduce esta posibilidad de percibir el 100 % de la pensión de jubilación, con el objetivo de evitar que se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, aspecto negativo que únicamente se produciría, a juicio de la sentencia, si este fuera una persona física, toda vez que la jubilación del socio o del gerente de la sociedad titular de la empresa no es causa de extinción del contrato de trabajo conforme al [artículo 49.1 g\) del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#).

4. ¿Exclusión o inclusión del autónomo societario? Una doctrina contradictoria pendiente de unificación

Según se ha señalado, el TSJ de Navarra recoge la tesis restrictiva de la entidad gestora, que viene a aplicar el [Criterio de interpretación de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social \(DGOSS\) de 21 de noviembre de 2017](#) (según la modificación introducida por el Criterio de interpretación 1/2018), al que aluden, entre otros, los Criterios de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica [26/2017, de 23 de noviembre](#), y [18/2018, de 26 de julio](#). Según dicho criterio, el requisito de contratación de un trabajador por cuenta ajena por el trabajador por cuenta propia titular de la pensión de jubilación:

[...] 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.

En suma, el citado criterio excluye de la posibilidad de acceder a la compatibilidad plena con la pensión de jubilación a los colectivos contemplados en los apartados b), c), d), e) y l) del [artículo 305.2 de la LGSS](#), ya que en dichos supuestos:

[...] la inclusión en este régimen especial viene determinada por su 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 Tesorería General de la Seguridad Social (Criterio 1/2018 DGOSS).

En lo que concierne al concreto supuesto enjuiciado por la [STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2019](#), el trabajador autónomo se hallaba incluido en el RETA al amparo del [artículo 305.2 d\) de la LGSS](#) en su calidad de socio de una sociedad irregular, de ahí que, en aplicación del mencionado criterio interpretativo de la DGOSS, la sentencia estimara el recurso de suplicación denegando el derecho al incremento de la pensión. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTSJ de [Asturias 2974/2018, de 26 de diciembre](#), y [Castilla y León/Valladolid de 8 de marzo de 2019 \(rec. 1999/2018\)](#), respecto del pensionista de jubilación activa que ostenta la condición de socio y administrador único de una sociedad limitada.

La [STSJ de Castilla y León/Burgos de 20 de marzo de 2019 \(rec. 948/2018\)](#) añade un argumento adicional en contra del derecho al percibo del 100 % de la pensión de jubilación por el autónomo societario, señalando que el fundamento de la exclusión radica en la distinción entre trabajo autónomo y trabajo por cuenta propia, acepción esta última que constituye una categoría más reducida que la de trabajo autónomo y a la que se refiere explícitamente

la posibilidad de compatibilidad plena. Pues bien, según la mencionada sentencia, la actividad por cuenta propia se da únicamente cuando el autónomo actúa como empresario persona física (en los términos del [art. 305.1 LGSS](#)), pero no en supuestos, como el que motiva dicha sentencia, en que el autónomo ha quedado encuadrado en el RETA conforme al [artículo 305.2 b\) de la LGSS](#), en virtud de su actividad como administrador único de una sociedad y socio mayoritario que comparte la titularidad con su mujer.

Aun siendo cierto que el prototipo de trabajador por cuenta propia es el autónomo persona física, la afirmación general de que esta figura no cabe fuera del apartado primero del [artículo 305 de la LGSS](#) resulta muy cuestionable. Y ello porque los caracteres que integran la noción de trabajo por cuenta propia –sucintamente, la asunción de los riesgos y la apropiación de la utilidad patrimonial de la actividad productiva– concurren en la actividad de quienes realizan personal y habitualmente una actividad empresarial o profesional como cotitulares de una comunidad de bienes o como socios de una sociedad civil o, incluso, mercantil, en la medida en que lo hagan ejerciendo el control de la empresa o en virtud de la titularidad de una parte relevante de las acciones, y sin que obste a tal posibilidad que el trabajo se desarrolle en un «régimen de cierta dependencia», como «sucede con el trabajo colectivo por cuenta propia realizado en sociedades, comunidades de bienes o en régimen familiar. En estos casos, la dependencia se convierte en una exigencia técnica necesaria para la coordinación de las distintas actividades individuales por cuenta propia» –López Anierte, M. C. (2016). La difusa e incompleta configuración subjetiva del RETA en la LGSS 2015. *Revista de Derecho Social*, 73, p. 60–. Prueba de que la naturaleza societaria de la empresa no impide la existencia de trabajo por cuenta propia es que, en el caso ahora analizado, el trabajador autónomo comenzó su negocio, una autoescuela, como empresario persona física y, tras diecisiete años de actividad de enseñanza en la conducción de vehículos, constituyó una sociedad irregular, sin que conste un cambio en la forma y condiciones en que desempeñaba su trabajo.

Junto a las consideraciones antes apuntadas, es preciso tener en cuenta la referencia, contenida en la [disposición final sexta bis de la LGSS](#) (introducida por la disp. final quinta. Dos Ley 6/2017), a una futura ampliación «al resto de la actividad por cuenta propia» del régimen de compatibilidad plena entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos por cuenta propia contemplado en el párrafo segundo del [artículo 214.2 de la LGSS](#). De la [Resolución de la DGOSS de 27 de noviembre de 2017](#), que amplía el Criterio de interpretación de 21 de noviembre de 2017, a fin de extender sus efectos a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el régimen especial de los trabajadores del mar (RETM), se deduce que la DGOSS da por sentado que el [artículo 214.2 de la LGSS](#) es en la actualidad aplicable a los trabajadores autónomos afiliados al RETM, por lo que no es a este colectivo al que se refiere la [disposición final sexta bis de la LGSS](#) cuando prevé la futura aplicación de la medida «al resto de la actividad por cuenta propia». Por lógica, la citada disposición debe referirse a otros colectivos de trabajadores por cuenta propia que, en la actualidad, no estarían incluidos en el ámbito subjetivo de la medida, como serían los enunciados en los apartados b), c), d), e) y l) del [artículo 305.2 de la LGSS](#), si se comparte el criterio de la

DGOSS. Ahora bien, la vaguedad de la expresión es tal que admite otras interpretaciones, como la que sostiene la [STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 \(rec. 398/2019\)](#), según la cual la citada previsión contempla la futura ampliación de la plena compatibilidad a los trabajadores por cuenta propia, aunque no hayan contratado a trabajadores por cuenta ajena, lo que permitirá su aplicación a los autónomos societarios.

A los criterios de interpretación literal y contextual anteriormente referidos, se suman reflexiones de carácter teleológico relacionadas con la finalidad de la [Ley 6/2017](#), que introduce esta medida, de procurar el mantenimiento del empleo. En este sentido, las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [6 de noviembre de 2018 \(rec. 1179/2018\)](#) y [23 de enero de 2019 \(rec. 1821/2018\)](#) recuerdan que la causa de extinción prevista en el [artículo 49.1 g\) del ET](#) únicamente resulta de aplicación cuando quien cesa en la actividad por jubilación es el empresario persona física y único empleador. Y es que, este precepto no opera cuando la empleadora es una persona jurídica, cuya desaparición o disolución obliga a tramitar la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento previsto en el [artículo 51 del ET](#), por lo que, en principio, no habría riesgo de pérdida de empleo en caso de jubilación de un consejero, administrador o gerente de la misma encuadrado en el RETA.

Pero aun en los casos de cotitularidad de la empresa sin forma societaria, el Tribunal Supremo (TS) ha entendido que la jubilación de uno de los cotitulares del negocio no es causa de extinción del contrato conforme al [artículo 49.1 g\) del ET](#), de forma que el despido del trabajador con motivo de dicha jubilación ha de ser considerado improcedente (SSTS de 15 de abril y 25 de junio de 1992 –recs. 1713/1991 y 1844/1991, respectivamente–). En análogo sentido, tratándose de comunidades de bienes, la doctrina de suplicación ha concluido que se requiere la jubilación de todos los comuneros y el cese de la actividad para que se produzca la extinción del contrato de trabajo ([STSJ de Andalucía/Sevilla 1957/2013, de 20 de junio](#)). E igual criterio se ha mantenido con relación a los socios de sociedades civiles irregulares, de forma que la jubilación de uno de los socios no justifica por sí misma la extinción de los contratos de trabajo (SSTSJ de Navarra [217/2016, de 25 de abril](#), y [408/2015, de 1 de octubre](#); y [Cantabria 778/2015, de 21 de octubre](#)).

Con todo, la doctrina de suplicación no es pacífica en cuanto a la exclusión de quienes no actúan como empresario persona física de la posibilidad de acceder al envejecimiento activo pleno, existiendo también pronunciamientos estimatorios del derecho a la compatibilidad plena entre pensión de jubilación y trabajo autónomo en algunos supuestos de encuadramiento previstos en el [artículo 305.2 de la LGSS](#).

En primer lugar, y frente a la interpretación literal efectuada por la DGOSS, un sector doctrinal ha advertido que el [artículo 214.2 de la LGSS](#) no distingue entre autónomos que actúan como empresario persona física y quienes lo hacen en el marco de una sociedad ([STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019, rec. 398/2019](#)), por lo que conforme al aforismo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no procede una interpretación restrictiva basada en dicha distinción. Como subraya esta doctrina, de haber querido esta-

blecer esta excepción, la norma habría excluido expresamente de la jubilación activa plena a las personas autónomas señaladas en el [artículo 305.2 de la LGSS](#) (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*); sin embargo, como recuerda la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) núm. 3 de Oviedo 209/2018, de 17 de julio (rectificada por la ya citada [STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018](#)), la norma tan solo descarta de su aplicación (y con carácter general, respecto del régimen de la jubilación activa) a quienes desempeñen un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público ([art. 214.7 LGSS](#)), por lo que no cabe fundar la exclusión del autónomo societario en el silencio de la ley.

En segundo término, entre los colectivos aludidos en el [artículo 305.2 de la LGSS](#) se encuentran diversas realidades que merecen un trato diferenciado:

- a) En efecto, en aquellos supuestos en que el autónomo societario actúa como empresario de hecho, como ocurre en las sociedades unipersonales y familiares, las vicisitudes personales del autónomo afectarán necesariamente al negocio. Y es que, por más que la causa de extinción de los contratos de trabajo del [artículo 49.1 g\) del ET](#) no opere en caso de jubilación del autónomo societario, es evidente que el cumplimiento de una edad avanzada puede inducirle a promover –en la medida en que tenga el control efectivo de la sociedad– la liquidación de la misma, determinando, en definitiva, la extinción de los contratos de trabajo por el procedimiento correspondiente. Para evitarlo, y volviendo al criterio de interpretación teleológico de la norma, parece justificada la aplicación de la medida contemplada en el párrafo segundo del [artículo 214.2 de la LGSS](#), a fin de favorecer el envejecimiento activo del autónomo societario e incentivar la prolongación de su vida laboral, logrando, con ello, el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa que regenta ([STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019](#), citada).

El reconocimiento de la actuación del autónomo societario como empresario de hecho se halla en la base de la Consulta de 21 de marzo de 2018 de la DGOSS (aplicada por la [SJS núm. 4 de Oviedo de 17 de julio de 2018](#), ya citada), en cuanto señalaba que los trabajadores autónomos cuya alta en el RETA derivara de lo prevenido en el [artículo 305.2 de la LGSS](#), apartados b), c), d), e) y l), y acreditaran «haber celebrado un contrato de trabajo por cuenta ajena actuando como empresarios», podrían acceder a la nueva modalidad de jubilación activa contemplada en el [artículo 214.2 de la LGSS](#). Con todo, el criterio expresado en dicha consulta ha sido rectificado mediante Resolución de la DGOSS de 25 de julio de 2018; por su parte, los criterios de gestión de la subdirección general no contemplan excepciones en cuanto a la exclusión del autónomo societario, todo lo cual lleva a la incoherencia de que una fórmula societaria regulada y prevista para proteger al empresario individual resulte en su perjuicio, desincentivando, con ello, la contratación de trabajadores por las pequeñas sociedades, que representan la fórmula de constitución más utilizada por los autónomos españoles.

- b) Respecto de las comunidades de bienes, y por más que el [artículo 1.2 del ET](#) les reconozca la posibilidad de actuar como empleador o empresario, las mismas carecen de personalidad jurídica independiente y diferenciada de las personas o socios individuales que las integran, a quienes la doctrina judicial viene atribuyendo la condición de empleador y la titularidad de los derechos y obligaciones que de la misma se derivan, haciéndolos responsables solidarios por los actos y contratos otorgados en nombre de la entidad comunera empleadora, de acuerdo con lo previsto en los artículos [392 y 393 del Código Civil](#) (SSTSJ de [Asturias 2949/2001, de 14 de diciembre](#); [Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2002, rec. 2082/2001](#); y [Galicia de 21 de junio de 2002, rec. 2847/2002](#)). Para el TSJ del País Vasco es determinante el hecho de que:

[...] las comunidades de bienes no limitan la responsabilidad societaria a su patrimonio (dejando a salvo el patrimonio personal de los socios o partícipes), sino que la responsabilidad económica y laboral que pudiera imputarse a la comunidad de bienes alcanza a las personas de los comuneros.

De ahí que, en sus Sentencias [1919/2018, de 9 de octubre](#), y [2161/2018, de 6 de noviembre](#), haya afirmado el derecho de los comuneros a acceder al 100 % de la pensión de jubilación activa.

- c) También, en lo que concierne a los socios de sociedades civiles existe doctrina de suplicación a favor de su derecho a la jubilación activa plena –contrariamente a lo que sostiene la [STSJ de Navarra que motiva este comentario](#)–, sobre la base de la «responsabilidad personal subsidiaria de sus socios con su propio patrimonio, a tenor de lo previsto en el artículo 1.698 del Código Civil» (SSTSJ del País Vasco [2161/2018](#), citada, y [2465/2018, de 11 de diciembre](#), con cita de la [STS, Sala 1.ª, 345/2018, de 7 de junio](#), relativa a la responsabilidad de los socios, subsidiaria respecto a la de la sociedad).

En fin, se comparta la postura formalista y apegada a la literalidad de la norma, que mantienen el INSS y el sector de la doctrina de suplicación al que se adscribe la [STSJ de Navarra objeto de análisis](#), o la tesis de los TSJ del País Vasco y Galicia, más próxima al concepto de empresario de hecho, la existencia de resoluciones contradictorias en sede de suplicación evidencia la necesidad de una reforma legislativa que clarifique el ámbito subjetivo de la medida contemplada en el párrafo segundo del [artículo 214.2 de la LGSS](#). En tanto esta se produce, no queda más que esperar la intervención unificadora del TS, resolviendo las discrepancias interpretativas que suscita la aplicación de esta previsión normativa.