



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTITIZA

# T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL N° 1 A CORUÑA

SENTENCIA: 04503/2021

PLAZA DE GALICIA S/N  
15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939 Fax: 881-881133/981184853

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002188 /2021 PM**

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000047 /2017

Sobre: JUBILACION

**RECURRENTE/S D/ña** XXXX

**ABOGADO/A:** JOSE MIGUEL LOPEZ PEREZ

**RECURRIDO/S D/ña:** INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**PROCURADOR:** , ,

**ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO**  
**PRESIDENTE**

**ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

**ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS**

En A CORUÑA, a dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno.

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 NOMBRE DE S.M. EL REY**  
**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**  
**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

## **S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 2188/2021, formalizado por D. XXX, contra la sentencia número 62/21 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de A CORUÑA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 47/2017, seguidos a instancia de XXX frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª RICARDO RON LATAS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D/D<sup>a</sup> XXX

presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha dos de febrero de dos mil veintiuno.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.-D. XXXX, nacido el 28/10/1949 y afiliado al Régimen de Trabajadores Autónomos solicitó el día 9/10/2014 pensión de jubilación alegando el cese en su actividad el día 31/10/2014. Por resolución de 4/11/2014 le fue reconocida pensión con efectos de 1/11/14, por el 100% de la base reguladora de 1.229,76 euros. Segundo.-El 5/11/2014 el actor comunicó el inicio de una actividad por cuenta ajena desde el 1/11/2014, a jornada completa, para la empresa "XXX SL", interesando acogerse a la "jubilación activa". Por resolución de 1/11/2014 se modifica el importe de la pensión, que se reduce un 50%, fijando como pensión 614,88 euros mensuales con efectos desde el 1/11/2014. Fue establecido un cobro indebido de 717,36 euros. Tercero.-Previa comunicación del actor de que cesaba en la actividad el 31/07/2015, por resolución de 12/11/15 se repuso la pensión por el 100% de la base reguladora por el cese en el desempeño del trabajo, con efectos desde el 1/08/2015. Cuarto.-Por informe de la ITSS de 4/08/2016, se comunica al INSS que el actor no cesó en su actividad por cuenta propia el 31/10/2014. Por resolución del INSS de 30/08/16 se acuerda iniciar un expediente de revisión de oficio, y por resolución de 26/09/2016 se anula la resolución por la que se reconoce el derecho a la pensión de jubilación, y se acuerda reclamar cantidades indebidamente percibidas en concepto de jubilación, estimando en 21.694,02 euros la cantidad a devolver por el periodo de 1/11/2014 a 31/08/2016. Quinto.-Interpuesta reclamación administrativa previa, fue desestimada por resolución de 22/11/2016. Sexto.- El actor, en el momento de la solicitud de pensión, era administrador único de la entidad XXX, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, y mantuvo dicha condición, ejerciendo las funciones inherentes al cargo después de su baja en la Seguridad Social de 31/10/2014, y



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

así firmaba las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad. En fecha de 2/07/2015 el actor cesó como administrador de XXX. El actor desarrolló una actividad profesional para la entidad XXX, de la que fue nombrado administrador, cesando en el cargo el 13/07/2015. El actor fue nombrado administrador solidario de la entidad XXX el 30/03/16.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

**FALLO:** Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. XXX contra el INSS y TGSS, ABSOLVIENDO a las demandadas respecto de las pretensiones frente a ellas deducidas.

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestimó la demanda, y frente a dicha resolución interpone recurso la representación procesal del demandante, a través de dos motivos de suplicación. En el primero de ellos, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS, se pretende sustituir la casi totalidad de los hechos probados de la resolución de instancia (1º a 4º y 6º), así como la adición de dos nuevos hechos probados, es decir, que con la citada revisión lo que en realidad pretende la parte recurrente es sustituir la casi totalidad de la relación fáctica de la sentencia de instancia (esto es, modificar cuatro de los cinco hechos probados), añadiendo dos hechos probados más, de tal manera que la relación fáctica de la sentencia de instancia se ajuste a sus intereses particulares, mediante una nueva valoración de la prueba practicada en pleito, pretendiendo así imponer su criterio valorativo de la prueba sobre el soberano criterio del juzgador, al que corresponde la apreciación de la misma con arreglo a las reglas de la sana crítica; y es que, existiendo varias pruebas, el Juez que presidió la práctica de todas ellas en la instancia, y escuchó las alegaciones de las partes, bajo los principios de inmediación y contradicción,

tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar los elementos de convicción con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 97.2 de la LRJS; en este sentido, la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia, y su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos más o menos lógicos, pues hay que reconocer que es al Juzgador de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio que el de medios de prueba) para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS.

Y es que: a) el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, en concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al juzgador de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes; b) aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor; c) la declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por la parte recurrente, ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar de manera directa y evidente la



equivocación del juzgador pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha por otros elementos probatorios unidos al proceso; d) no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total (o de gran parte) de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador *a quo* ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado; e) la revisión fáctica no puede fundarse salvo en supuestos de error palmario en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente; f) la parte no puede pretender sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte; g) en caso de duda acerca de las conclusiones fácticas que han de extraerse en el examen y valoración de un documento en la medida en que de su lectura puedan sacarse conclusiones contradictorias e incompatibles entre sí debe prevalecer la conclusión fáctica sentada por el juzgador en virtud de la naturaleza excepcional del propio recurso que impide la valoración *ex novo* por el Tribunal Superior de la globalidad y conjunto de la prueba practicada; y h) de igual manera, en el supuesto de documentos contradictorios siempre ha de aceptarse el que sirvió de base a la decisión recurrida, salvo que el postergado ofreciese una mayor credibilidad que permitan a la Sala ejercer la excepcional facultad de fiscalizar la valoración de la prueba realizada en la instancia.

En definitiva, lo que pretende la parte recurrente no es otra cosa que sustituir la apreciación judicial de la prueba practicada por otra más acorde con sus intereses particulares, pretendiendo así imponer su criterio valorativo de la prueba sobre el soberano criterio del juzgador, al que corresponde la apreciación de la misma con arreglo a las reglas de la sana crítica; y es que, de atenderse a la revisión propuesta, se sustituiría el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la parte recurrente, correspondiendo al juzgador de instancia, y no a la parte actora, la labor, apreciando los elementos de convicción, de declarar los hechos expresamente probados. En efecto, en el juez, que presidió la práctica de prueba en la instancia y escuchó las alegaciones de las partes bajo los principios de inmediación y contradicción, es el que tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar los elementos de convicción con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 97.2 de la LRJS. Y en esta ocasión, la parte recurrente no cumple

con tales exigencias, pretendiendo así imponer su personal subjetivo e interesado criterio valorativo de la prueba sobre el soberano criterio del juzgador, al que corresponde la apreciación de la misma con arreglo a las reglas de la sana crítica. De este modo, debe rechazarse la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al magistrado de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica (que es justo lo que sucede en el caso que nos ocupa), pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes, con el peligro añadido de que el acudimiento a la suplicación (de carácter extraordinario) se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso. En suma, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador a quo ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado.

**SEGUNDO.-** Con sede en el art. 193.c) LRJS la parte recurrente denuncia, en primer lugar, vulneración de los arts. 61 y 88 a 95 de la Orden de 24 de septiembre de 1.970, en especial lo dispuesto en el artículo 93.2 de dicha Orden de 24 de septiembre de 1.970 y lo dispuesto en los artículos 1,2,3 y Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 5/2.013, actualmente recogido en el artículo 214 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2016, de 31 de octubre, los artículos 45, 165.1 y Disposición Adicional Octava del Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, y los artículos 1.1, 25.1, 47.1.B y 53.1.a) del Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de agosto, así como se ha vulnerado la Teoría de los Actos Propios contenida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estimando, en esencia, que la resolución que se recurre es totalmente injusta, y no ajustada a derecho, habida cuenta la compatibilidad legal entre el disfrute de la pensión y la titularidad del negocio, además en la Resolución de la Reclamación Previa interpuesta no se da respuesta a todas las alegaciones expuestas en la, e incurre en falta de motivación vulnerando los artículos 54 y 138 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre.

El motivo debe prosperar. Y debe hacerlo con relación a la alegación relativa a la plena compatibilidad entre el percibo de la pensión y la titularidad del negocio que aquí nos ocupa.



En primer lugar, y con relación a la denuncia de los arts. 54 y 139 de la Ley 30/1992, los mismos no se citan adecuadamente, especificando el concreto apartado denunciado, quedando de este modo la Sala impedida de entrar en el análisis de las hipotéticas infracciones normativas o jurisprudenciales de la sentencia de instancia, pues ello equivaldría a atribuir a la misma la construcción *ex officio* del recurso, cuando tal actividad corresponde a la parte, tal y como sucedió en el caso que ocupó a una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005 (rec. núm. 46/2004), en la que la parte recurrente alegaba, entre otras cosas, que "lo resuelto por la sentencia de instancia vulnera el artículo 3 del Código Civil del que por cierto no se cita el concreto apartado con lo que no puede saberse si la denuncia de infracción se refiere a la interpretación de las normas o la ponderación de la equidad, o a ambas cosas a la vez", lo que vino a suponer que "esta omisión impide al Tribunal dada la excepcional naturaleza del recurso actuar sobre la suposición de cuál puede ser el párrafo conculcado, sustituyendo de este modo la actividad procesal de la parte recurrente". Por ello, puesto que la parte recurrente ha construido su recurso sin atenerse a las mínimas exigencias formales que se requieren en este trámite procesal, esta Sala queda impedida de entrar en el análisis de las hipotéticas infracciones normativas o jurisprudenciales de la sentencia de instancia, pues ello equivaldría a atribuir a la misma la construcción *ex officio* del recurso, cuando tal actividad corresponde a la parte.

En efecto, el planteamiento del recurso nos obliga a recordar (entre otras, sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2004 [rec. núm. 3166/2001]) que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser de naturaleza extraordinaria, casi casacional. Y ello se traduce, entre otras consecuencias, en que legalmente se imponga (art. 196.2 LRJS) la necesidad de denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre —exclusivo objeto final del recurso de Suplicación— únicamente es rectificable en virtud de una apreciada infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo constante la doctrina jurisprudencial que afirma que la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado.

Es más, incluso tenemos señalado en la interpretación de aquel precepto que no basta que el recurso cite la disposición

legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende conculcado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido; doctrina que obedece a la razonable consideración de que la Sala no puede indagar de oficio cuál sea la norma sustantiva vulnerada, porque con ello se desconocerían los principios de igualdad de partes, rogación e imparcialidad que deben de presidir las actuaciones de Tribunales de Justicia, y porque la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no ampara la inacción de la parte ni puede conducir a que la actividad procesal que a aquélla corresponde sea suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75.1 LRJS, admitiéndose tan sólo la iniciativa de la Sala cuando la cita de preceptos sea un claro error material o cuando el defecto de cita específica no represente obstáculo alguno para sobreentender —por obvio— el precepto que se considera conculcado, y cuya falta de referencia obedece a una simple omisión, sin que el formalismo exigible pueda llegar al extremo de obstaculizar el éxito del recurso. Y aplicada tal doctrina al caso de autos, es claro que debemos rechazar la alegada vulneración de los arts. 54 y 138 de la Ley 30/1992.

Y es que, en efecto, la parte recurrente se limita a denunciar la infracción de tales preceptos, sin más concreciones, esto es, con cita genérica de preceptos que constan de varios complejos apartados, sin atenerse por ello a las mínimas exigencias formales que se requieren en este trámite procesal, quedando de este modo la Sala impedida de entrar en el análisis de las hipotéticas infracciones normativas o jurisprudenciales de la sentencia de instancia, pues ello equivaldría a atribuir a la misma la construcción *ex officio* del recurso, cuando tal actividad corresponde a la parte. Es más, en este caso nos encontramos, como ya se indicó, con la cita de dos preceptos densos y complejos, articulados sobre la base de varios apartados, por lo que su cita genérica impediría entrar a examinar un motivo así articulado, sin que las exigencias del art. 196.2 LRJS se satisfagan (siquiera mínimamente) con tal remisión, siendo preciso que se cite qué apartado concreto y párrafo específico resultó infringido, ya que en caso contrario lo que se está pretendiendo es que sea la Sala quien, por su propia decisión, determine el precepto concreto a que se refiere el motivo y las razones de su infracción, es decir, quien proceda a la construcción del recurso, con quiebra así de los principios de igualdad y proscripción de indefensión.



Pero es que, incluso aunque no fuera así, el motivo relativo a la infracción de la normativa administrativa de carácter procedimental tampoco prosperaría. Según dispone el art. 138.1 de la Ley 30/1992, "La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente". Pero se trata de una norma relativa a la "potestad sancionadora" de la Administración, y por ello mismo inadecuada en el pleito que nos ocupa, ya que el mismo versa sobre la revisión por parte de la Administración de la Seguridad Social de un acto declarativo de derechos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 146 de la LRJS, o lo que es igual, se refiere a un supuesto de hecho radicalmente distinto al que aquí nos ocupa, debiendo recordarse a este respecto que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que, si amparado en la letra c) del art. 193 LRJS, debe estar fundado en infracción de norma sustantiva o jurisprudencia, lo que exige no sólo determinar de forma clara el precepto que se estima infringido, sino que es preciso también establecer, con la necesaria claridad en el desarrollo del correspondiente motivo, los fundamentos que muestren la existencia de la infracción que se denuncia (art. 196.2 LRJS); así, en el marco de un recurso de este carácter la Sala está vinculada por los motivos legales del recurso, de forma que, a diferencia de lo que ocurre en la instancia donde rige el principio *iura novit curia*, no es posible estimar el recurso por infracciones distintas de las invocadas en aquél. En el presente caso esto significa que la Sala sólo puede examinar y decidir el recurso en atención a los preceptos que denuncia la parte recurrente y de acuerdo con los fundamentos que, para poner de manifiesto esa denuncia, se exponen en el escrito de interposición. Y en esta ocasión la cuestión de fondo del pleito resulta determinar si la actuación de la Administración de su acto declarativo de derechos reconociendo la pensión del actor resulta ajustada a Derecho o no, es decir, que no se trata de un supuesto de ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por ello la denuncia se articula con amparo en un precepto cuyo objeto difiere del establecido en el presente pleito, lo que obliga a este Tribunal a limitar su conocimiento al examen de las infracciones denunciadas por el recurso y a no plantearse otras.

En cualquier caso, lo cierto es que la motivación que exige la norma no es otra cosa que la exposición del proceso racional de aplicación de la ley (STCo 7/1998, de 13 de enero). Así, la exigencia de motivación impone a la Administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su resolución, o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico de la

decisión administrativa, con el fin de que los destinatarios puedan conocer las razones en que la misma se ha apoyado y, en su caso, posteriormente puedan defender su derecho frente al criterio administrativo, por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse de objetiva y ajustada a Derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ya que en la eventual impugnación del acto, si éste está motivado, habrá posibilidad de criticar las bases en que se ha fundado; por consiguiente el criterio de la Administración no puede limitarse a expresar su decisión sino que, en cada caso, debe exponer cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido y no por otro de los, en cada caso, posibles (STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 13 de febrero de 2017 [Rec. núm. 3676/2014]). Y lo cierto es que aquí la resolución impugnada no puede considerarse inmotivada, a la vista de su amplio contenido, expresando de manera amplia y jurídicamente suficiente las razones de la revisión del acto que se discute.

En fin, por lo que se refiere a la alegación relativa a la compatibilidad entre la pensión y la titularidad del negocio, como ya anticipamos, la misma debe prosperar, resultando contraria a derecho la anulación de la resolución de fecha 15 de octubre de 2014, por el que se reconocía el derecho a pensión de jubilación del actor, así como la consiguiente obligación de reintegro de las cantidades percibidas. A efectos de la debida resolución del pleito que aquí nos ocupa, debe hacerse una primera consideración al respecto de la absoluta asincronía entre las normas reguladoras del RETA que resultan aquí de aplicación, lo que debe condicionar de manera relevante la labor hermenéutica que le corresponde a esta Sala de lo Social. Más en particular, debe ponerse primeramente de relieve que, por lo que se refiere a las mismas, por lo que se refiere a la normativa relativa a la incompatibilidad entre pensión y trabajo, dicha asincronía se produce en dos planos.

El primero de ellos tiene que ver con la atribución competencial entre órdenes jurisdiccionales, que puede llegar a provocar ciertas disfunciones, ya que, mientras que toda cuestión relativa a "impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas" (art. 3.f] LRJS) se excluye del



conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social, la materia relativa a prestaciones de Seguridad Social, incluida la incompatibilidad de pensiones debe ser conocida por órganos jurisdiccionales del orden social (art. 2.º] LRJS). En segundo lugar, conviene prestar atención al hecho de que la normativa relativa al RETA, además de compleja y dispersa, ni se ha adaptado a las nuevas realidades societarias, ni se encuentra en plena concordancia entre sí. Así, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, debe prestarse atención al hecho de que la tradicional compatibilidad entre pensión y trabajo en el RETA se encuentra en una norma que aparece inmodificada desde incluso antes de la aprobación de nuestra CE, y materias plenamente conexas con la misma (como puede ser el alta o baja de autónomos en el sistema) aparecen reformadas décadas después. En concreto, la declaración acerca de que el disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio del que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, siempre que éste no implique una dedicación de carácter profesional, se encuentra en una OM de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, la misma que sólo exigía la inclusión en el RETA de los "socios de las Compañías Regulares Colectivas y los socios colectivos de las Compañías Comanditarias" (art. 2.º.1.3.º); pero resulta que el encuadramiento de los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas en el sistema público de Seguridad Social no se produce hasta más de dos décadas después, mediante la DA 43ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que no es otra cosa más que el intento del legislador de adaptar la normativa del RETA a la realidad social, que ya había sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que declaró en su momento que *"en el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia"* (STS de 29 de enero de 1997 [Rec. núm. 25777/1995]). Se trata, en suma, de una flagrante asincronía normativa, que provocará las disfunciones (hay que tener en cuenta que el régimen jurídico de los trabajadores autónomos puede jugar en un doble plano, laboral y de Seguridad Social, y dentro de este, en el ámbito concreto prestacional y de encuadramiento) de las que trataremos seguidamente.

Los trabajadores autónomos incluidos en el RETA han ostentado, desde los inicios del sistema de Seguridad Social, una peculiar posición prestacional en lo que a la

incompatibilidad entre su pensión de jubilación y el trabajo se refiere. Al contrario de lo que sucedía con el trabajador por cuenta ajena, que se encontró —desde los inicios del sistema de Seguridad Social— imposibilitado para compatibilizar trabajo y retiro (art. 156.1 del Decreto 907/1966, de 21 de abril), los trabajadores por cuenta propia contaron siempre con un régimen particular de incompatibilidad en situación de retiro pensionado, al mostrar el legislador de Seguridad Social cierta (plena de lógica, por otra parte) permisividad con relación a este colectivo, que se ha mantenido (e incrementado) hasta nuestros días, bastando para ello con prestar atención a los arts. 213 y ss. de la LGSS. Así, con la creación del RETA en el año 1970 —mediante Decreto 2530/1970, de 20 de agosto—, aunque los autónomos, en principio, contaban con el mismo régimen de incompatibilidades entre jubilación y trabajo que el establecido para el resto de trabajadores incorporados al Sistema (“El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen” [art. 45.2]), su normativa de desarrollo, esto es, la OM de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, decidió suavizar el anatema legal. Así, mientras que por un lado indicaba que “el disfrute de la pensión por vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refieren los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966” (y ello, habida cuenta que la mera titularidad del negocio no suponía la inclusión en el RETA, ya que el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, solo entendía como sujeto encuadrable a aquel autónomo que realizara “de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo” [art. 2.1]), por otra parte permitía al autónomo conservar su pensión, aunque siguiera siendo titular de su negocio, siempre y cuando se limitase a ejercer la titularidad del mismo. La finalidad de la norma en su momento parecía clara. El legislador lo que pretendía era evitar el cierre de negocios. Siendo el pequeño empresario individual el colectivo que conformaba el grueso del sistema, la imposibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el mantenimiento del negocio supondría la clausura del mismo en el momento del acceso de su titular a la pensión de jubilación, con la consiguiente extinción de los contratos de sus trabajadores.



De esta manera, lo que se decidió finalmente fue permitir al autónomo conservar el cobro de la pensión de jubilación si se limitaba a mantener la titularidad de su negocio, siempre y cuando se limitase a desempeñar las funciones inherentes a la misma, sin realizar el trabajo que venía desempeñando hasta su retiro. La fórmula utilizada por el legislador de la época fue la siguiente: "El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, siempre que éste no implique una dedicación de carácter profesional" (Art. 93.2).

Esa receta normativa, sin embargo, carecía de asepsia. Lo que a primera vista parecía un precepto inocuo se reveló, sin embargo, pleno de dificultades interpretativas, lo que acabó obligando al Gobierno de turno a modificar la previsión legal. Así, mediante una Orden Ministerial de 31 de julio de 1976, se procedió a la modificación del art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, sobre aplicación y desarrollo del Régimen Especial de los trabajadores autónomos. La modificación procuró la simplificación del apartado 2 del precepto, mediante la eliminación del adjetivo "mero" y la supresión de la expresión siguiente: "siempre que éste no implique una dedicación de carácter profesional". El precepto, en suma, quedó redactado (y así se ha mantenido hasta el día de hoy) como sigue: "El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad".

Pese a la modificación legal, la inconcreción de la sencilla fórmula legal sigue planteando el problema de cómo determinar de manera efectiva cuándo el autónomo jubilado se limita a mantener la titularidad del negocio y el desempeño de funciones inherentes a la misma, en particular; problemas que hoy en día derivan en gran parte del problema de sincronía que hemos anticipado. Y así lo vino a reconocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde un principio, admitiendo que *"una delimitación tajante es siempre difícil ante la existencia de zonas intermedias"* (STS de 14 de junio de 1988 [RJ 1988/5298]). Pese a todo, esa misma jurisprudencia se vio ya en su momento obligada a diferenciar *"entre el mero ejercicio de funciones inherentes a la titularidad de la empresa, con una relevancia centrada básicamente en los actos de disposición patrimonial y en la intervención formal en el tráfico jurídico de la empresa, y aquellas actividades que suponen la llevanza personal de la explotación del negocio y que exigen una dedicación que es la que se objetiva en el*

*trabajo directivo y de gestión empresarial"* (STS de 14 de junio de 1988 [RJ 1988/5298]).

Esos problemas interpretativos se acentúan además a la vista de la reciente doctrina del Tribunal Supremo, acerca de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, en particular, en lo que se refiere al envejecimiento activo regulado en el art. 214 de la LGSS, así como al hecho, reconocido por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de que en la actualidad las reformas de la normativa relativa a la compatibilidad entre trabajo y pensión es *"la de favorecer la conservación del nivel de empleo: que no se destruya empleo por el mero hecho de jubilarse el empleador"* (STS de 21 de septiembre de 2021 [Rec. núm. 1539/2020]).

Sea como fuere, decimos que el acercamiento hermenéutico resulta complejo porque, a la hora de efectuar la exégesis de la normativa relativa a esta clase de incompatibilidades debe diferenciarse necesariamente entre *"autónomos clásicos"* y *"autónomos societarios"*, al seguir la doctrina judicial señalada la senda iniciada por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, cuyo art. 1 (relativo al ámbito de aplicación subjetivo de la norma) diferencia entre, por un lado, *"personas físicas 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"* (denominada *"actividad autónoma o por cuenta propia"*), y por el otro, *"los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias ..., los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común ..., y 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"*; diferenciación esta que ya venía siendo asumida por la jurisprudencia de suplicación, admitiendo que el caso del trabajador autónomo *"no es lo mismo que un empresario individual, es distinto, porque aquí el beneficio de la explotación está implicado en el trabajo personal y directo en ella del autónomo, lo que no sucede en el administrador-socio que percibe beneficios por esta segunda condición, pero no retribución por la primera"* (STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de mayo de 2017 [Rec. núm. 105/2016]).



De este modo, para el Tribunal Supremo, "la diferencia entre el autónomo societario y el que ejerce su actividad actuando como persona física, denominado «autónomo clásico» por el preámbulo de la Ley 20/2007, afecta a su responsabilidad patrimonial. Estos últimos responden de sus deudas, incluidas las salariales con los trabajadores contratados 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 citado consejero o administrador de una sociedad mercantil 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 derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador contratado por la mercantil. 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 para los socios o partícipes, art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital); y soslayarlo para lo que pueda ser desfavorable" (STS de 21 de septiembre de 2021 [Rec. núm. 1539/2020]).

Atendiendo a esa dicotomía, si hablamos de "autónomos clásicos" se puede anticipar que desde siempre se han venido entendiendo las funciones inherentes a la titularidad del negocio compatibles con la pensión de jubilación (aunque toda taxonomía aquí resultará quebradiza, ante la compleja realidad social del autónomo) como todas aquellas de índole administrativa, de relación con organismos oficiales, ayuntamientos, tributarias, etc., en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y como tal paga impuestos, firma contratos, ostenta la representación de la empresa, etc., en contraposición a aquellas otras que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada, trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo y que sí dan lugar a una situación de incompatibilidad, que deberán ser ejercitadas por persona distinta del titular del negocio. Conviene indicar, incluso, que por lo que se refiere a este "autónomo clásico" la

compleja historia legislativa de nuestro sistema de Seguridad Social obliga a separar aquellos autónomos cuyo posible encuadramiento en el sistema debe efectuarse necesariamente en un régimen de Seguridad Social de aquellos otros cuya inclusión puede llevarse a efecto, bien en un sistema mutual sustitutorio o alternativo (a través de la correspondiente mutualidad o montepío) bien en el RETA, encontrándonos así con una tercera clase de autónomos: los "autónomos mutualistas". Porque, las Mutualidades y Montepíos de Previsión Social eran entidades aseguradoras que, anticipándose a la existencia del retiro obrero implantado en España en 1921 (el primer seguro social obligatorio en España, establecido por Real Decreto de 11 marzo 1919, demoró su operatividad durante dos años, hasta la aprobación, por Real Decreto de 21 enero 1921, de su reglamento de aplicación y desarrollo), concedían a sus afiliados protección por vejez. Su régimen jurídico venía constituido por la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, que incluía dentro de su ámbito de aplicación a "las sociedades de socorros mutuos y de previsión" (art. 1º). Así, el hecho de que con anterioridad a la implantación del primer seguro obligatorio de vejez en España en 1921 existiesen determinados colectivos ya protegidos, propició que el art. 70 de la Real Orden de 21 enero 1921 —de creación justamente del régimen del retiro obrero obligatorio— excluyese de su ámbito de aplicación a todas aquellas mutualidades o montepíos que concediesen a sus asegurados una protección igual o superior a la que se contenía en el régimen del retiro obrero obligatorio; de ahí que a esas mutualidades o montepíos se las comenzase a denominar como sustitutorias, precisamente por el hecho de venir a sustituir al sistema obligatorio de previsión social, hoy de seguridad social. Y así, sobre la base de la existencia de entidades de previsión social que otorgaban a sus asegurados un beneficio "cuando menos, equivalente al establecido como obligatorio por el Estado" (exposición de motivos de una Orden de 26 abril de 1940, sobre Montepíos exceptuados del retiro obrero), un Real Decreto de 24 de julio de 1921, exceptuó del régimen del retiro obrero obligatorio a determinadas mutualidades y montepíos.

Esta situación se mantuvo tras la promulgación de la Ley de Mutualidades y Montepíos de 6 de diciembre de 1941, que se referirá al carácter sustitutivo de todas aquellas entidades que otorgasen pensiones a determinados colectivos, y que por ello no quedarían obligados a incorporarse al régimen público de seguridad social. La situación recién observada no va a variar tras el advenimiento el 1 de enero de 1967 del sistema de Seguridad Social, ni tampoco tras la creación por Decreto de 20 de agosto del 1970 del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos. Sí que varió, en cambio,



tres la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que permitió a tales profesionales optar "por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho Régimen Especial o incorporarse a la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional", asegurando así la pervivencia de las Mutualidades de Previsión Social sustitutorias en determinadas condiciones, dándoles un plazo de cinco años para adaptarse a la normativa sobre seguros, otorgando el mismo plazo temporal a "las personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y estén colegiados en un Colegio Profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho Régimen Especial" (DT 5ª), que deberán solicitar la afiliación y/o el alta en el mismo, siempre que decidan no permanecer incluidos en la Mutualidad que tenga establecida dicho Colegio Profesional.

Posteriormente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, decidió dar nueva redacción a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, estableciendo "que quienes ejercieran una actividad por cuenta propia, que requiera la incorporación a un colegio profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, se entenderían incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y/o ... el alta en dicho régimen", si bien, la norma mantenía la exención de obligación de alta en el RETA para los colegiados que opten o hubiesen optado por incorporarse a la Mutualidad de su Colegio Profesional si esta se había constituido antes del 10 de noviembre de 1995.

Por lo que se refiere, en fin, al "autónomo societario" (que es justo el supuesto que aquí nos ocupa), el campo de aplicación del RETA resulta ser amplísimo. El art. 7.1.b) de la LGSS incluye en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a todo los "trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo". Al mismo tiempo, el art. 305.1 de esa misma norma incluye obligatoriamente 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". Posteriormente, ese mismo precepto — en su apartado número 2— declara expresamente comprendidos en el RETA a un amplio colectivo —la lista cerrada que contiene el precepto se alarga hasta la letra m)—, y que se puede escindir (por lo que a nosotros interesa) en dos clases de autónomos: 1) los autónomos "clásicos", esto es, aquellos trabajadores o profesionales que ejercen su actividad de manera individual, sin asociarse con otros profesionales, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena; y 2) los autónomos "societarios", esto es, aquellos trabajadores autónomos integrados en una colectividad con el fin de constituir una sociedad con la que interactuar en el mercado de bienes y servicios, como por ejemplo, los socios industriales de sociedades regulares colectivas, o los comuneros de comunidades de bienes, o los socios de una sociedad de capital.

Y decimos que esta división es la que nos interesa, insistimos, porque, de un lado, el sistema de incorporación al RETA difiere en uno y otro caso cuando se trate de la prestación de servicios ya jubilado; y de otra, porque, a la hora de discernir si el trabajo del jubilado resulta compatible con su pensión, debe prestarse especial atención a la diferenciación (con excepción de los "autónomos mutualistas", cuyo análisis se escapa al objeto de este pleito) que acabamos de hacer. Y es que, como ya hemos anticipado, si de lo que se trata es de un autónomo jubilado "clásico" que pretende continuar trabajando, debe atenderse como presupuesto previo al trabajo, si la prestación del mismo supone la realización de funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate, porque, aunque si bien es cierto que el art. 305.1 de la LGSS considera trabajador autónomo a todo aquel que realice "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", no resulta menos veraz que aun cuando la idea de que el trabajador autónomo es su propio empresario es la básica que preside toda la normativa del RETA, para ser calificado como trabajador por cuenta propia no basta con ser titular de una empresa o negocio, sino que es preciso que aquel realice su efectivo trabajo, en sentido económico de forma habitual y directa, sin que sea obstáculo el hecho de la utilización del servicio remunerado de otras personas.



Por ello, según la doctrina más autorizada, esa necesidad de que la actividad por cuenta propia se desarrolle de manera personal y directa significa que el trabajador debe intervenir con su propio esfuerzo en la actividad productiva, lo que permitirá su diferenciación de la persona que sólo es titular de la actividad o explotación. De ahí que deba distinguirse entre el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del negocio, entre las que se encuentran (como ya se indicó) las de índole administrativo, de relación con organismos oficiales, ayuntamientos, tributaria, etc., en las que el jubilado sigue siendo dueño del negocio y como tal paga impuestos, firma contratos, ostenta la representación de la empresa, etc., de aquellas otras actividades que suponen llevar personalmente la explotación del negocio, con presencia física en él a lo largo de la jornada, trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo, de manera que sólo produce la incompatibilidad en el segundo caso.

En cambio, tratándose de "autónomos societarios", su particularidad radica en que su encuadramiento en el RETA encuentra expresa determinación legal desde el año 1997 (en concreto, por causa de lo dispuesto en la DA 43ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), concretada ahora en el art. 305.2 b) de la LGSS, que establece tres clases de presunciones a efectos del encuadramiento en el RETA. La primera *iuris et de iure*, declarando obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del RETA a quienes posean acciones o participaciones que supongan, al menos, la mitad del capital social, porque, según una STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de mayo de 2018 (Rec. núm. 3021/2016), "tener el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla [supone] que se entenderá (presunción *iuris et de iure*), en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social"; la segunda *iuris tantum* (así lo reconoce de nuevo una STS [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de 10 de mayo de 2018 [Rec. núm. 3021/2016]), ya que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concorra 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". Y, en fin, una tercera presunción favorable al trabajador según la cual "en los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad".

Ahora bien, el hecho de que el autónomo se encuentre necesariamente encuadrado en el RETA si posee una determinada participación social, no significa que esa previsión legal a efectos de inclusión en el sistema deba extrapolarse necesariamente al ámbito de las incompatibilidades entre pensión y trabajo, al tratarse de una mera presunción legal, de tal manera que el autónomo societario puede encontrarse incluido en el RETA, pero mantenerse únicamente como titular del negocio, sin ejercer funciones inherentes a tal titularidad, ya que los preceptos aquí implicados (arts. 305 LGSS y 93 de la OM de 24 de septiembre de 1970) actúan de manera independiente, siendo distintos sus efectos. Pese a ello, lo cierto es que la previsión de los arts. art. 305.1 de la LGSS debe mantenerse como criterio orientativo a efectos de determinar si el autónomo simplemente desempeña las funciones inherentes a la titularidad del negocio, o si, por el contrario, estas implican una dedicación de carácter profesional (esto es, realizando 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), utilizándola como método de averiguación de las verdaderas intenciones del pensionista. Porque, debe otorgarse al jubilado la posibilidad de destruir las presunciones legales, incluso la contenida en el art. 2º.3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. ("Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo a efectos de este régimen especial si el mismo figura integrado sindicalmente como tal u ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario u otro concepto análogo"), de tal manera que aún en el supuesto de concurrir los requisitos legales que obligan al jubilado autónomo a darse de alta en el RETA, deberá permitírsele acreditar que pese a todo se limita a mantener la titularidad del negocio, incluso en el caso de las sociedades de capital, e incluso si se trata de la figura del administrador. Así, en el caso de autónomos que figuran como administradores únicos de una concreta sociedad, incumbe a estos acreditar que su actividad empresarial real no resultaba incompatible con la percepción de su pensión. En estos casos, en suma, aunque la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

obligación de alta en el RETA supone una presunción de estar realizando un trabajo por cuenta propia en los términos exigidos para causar alta en dicho régimen especial, se trata de una presunción que: 1) no impide permanecer en el percibo de la pensión de jubilación, aun incluso estando obligado al alta y cotización en el RETA, al tratarse de dos efectos jurídicos distintos y compatibles entre sí; y 2) en todo caso corresponde al propio trabajador desvirtuar la presunción legal, únicamente a efectos de encuadramiento.

Y es que, pese a todo, insistimos, debe admitirse la plena compatibilidad del alta en el RETA con el percibo de la pensión de jubilación, siempre y cuando el pensionista mantenga la mera titularidad del negocio, logrando desvirtuar así la presunción legal –que corresponde al trabajador–, ya que el alta en el RETA implica una presunción de estar realizando un trabajo por cuenta propia en los términos exigidos para causar alta en dicho Régimen Especial de la Seguridad Social, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario por el trabajador. Así, puede suceder que se den los condicionantes legales para la incorporación al RETA conforme a lo dispuesto en el art. 305 LGSS, pero el pensionista se limita a mantener la titularidad del negocio, con lo que podríamos encontrarnos con la paradoja de un autónomo afiliado y en alta en el RETA que lo compatibiliza con la pensión de jubilación en ese mismo régimen; situación esta que no era la idealizada por el legislador preconstitucional, tal y como acredita una añeja STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de septiembre de 1992, que reconoce justamente que la previsión del art. 93.2 de la OM de 24 de septiembre de 1970 “aconseja que el cese ... por razón de edad, no tiene que ser forzosamente una total y absoluta separación del trabajador de la empresa de la que es titular, bastando el que su intervención deje de reunir las circunstancias de trabajo directo, personal y habitual, determinantes de su inclusión en dicho Régimen Especial”, indicando además que en caso de trabajos del pensionista ello puede suponer “la obligación de volver a darse de alta y a cotizar en el Régimen Especial de Autónomos –obviamente con la consiguiente suspensión del percibo de pensión”, lo que exige a la Administración actuante “ser especialmente escrupulosa, dado que ... existen trabajos compatibles con el percibo de la pensión de vejez en el indicado Régimen”, sin que a tales efectos pueda servir “el dato objetivo, constatado en autos, de que el pensionista continuó dado de alta en Licencia Fiscal, en su actividad de estanco, del que es titular, para concluir que ha venido, a partir de su jubilación, desempeñando trabajos propios de esa actividad de manera directa, personal y habitual, pues el mantenimiento del

negocio con la consiguiente observancia de esa obligación fiscal, no supone necesariamente el desarrollo de esa actividad de manera directa, personal y habitual, pudiéndola desarrollar a través de familiares o empleados. Y como su actividad en funciones meramente dominicales o de titularidad fiscal del negocio, no le constituyen en la obligación de estar en alta y cotizar al Régimen Especial de Autónomos, a partir de su jubilación, según hemos visto a tenor de lo previsto en los precitados arts. 45.2 del Decreto 2530/1970 y 93.2 de la OM 24-9-1970, y ninguna otra prueba ha suministrado la Administración acreditativa de la realización de otros trabajos incompatibles, procede la desestimación del presente recurso de apelación y la confirmación de la sentencia".

Por todo ello, aunque la inclusión en el RETA (ya sea de oficio o por parte del propio autónomo) presupone que se ejerce de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, siempre cabrá la acreditación de que concurra la excepción, cuya prueba incumbe al autónomo, consistente en que se ostente la mera titularidad del negocio, tal y como lo hemos declarado en una STSJ Galicia de 16 de octubre de 2017 (Rec. núm. 548/2017), a propósito de un jubilado del RETA "administrador y socio único" de una Sociedad Limitada, que se encontraba por ello mismo de alta en el RETA, y que pese a ello logró desvirtuar "las presunciones derivadas del alta en el RETA", puesto que "por un lado el citado alta en el RETA era muy anterior al reconocimiento de la prestación por jubilación, y por tanto la entidad gestora debía conocer, y por otro lado, lo único que resulta es que ... era el titular de una cuenta bancaria donde se gestionaban los cobros y pagos por cuenta de la entidad mercantil, y suscribía formalmente los contratos de trabajo, al constar altas de trabajadores, si bien ni percibía ningún ingreso por tal actividad, ni constaba la realización de las facultades de dirección y gestión del establecimiento, sino que una mera administración formal, dado que aquellas facultades de dirección, eran realizadas efectivamente por su nuera", siendo la única conclusión de todo ello "la compatibilidad de la pensión de jubilación que venía percibiendo, y la actividad no remunerada y formal en la entidad que lleva su nombre y el mismo constituyó con anterioridad al percibo de tal prestación".

Sea como fuere, al efecto de tal deslinde, al efecto de determinar si el "autónomo societario" se limita o no a mantener la titularidad del negocio, debe servirnos como referente (bien que meramente orientativo) la ya clásica



Circular 5-028, de 14 de octubre de 1999, de la TGSS, sobre el alcance de la expresión "Funciones inherentes a la titularidad del negocio", así como la Resolución de 13 de agosto de 1999 (actualizada), de la DGOSS, sobre el alcance de la expresión "funciones inherentes a la titularidad del negocio", conforme a las cuales puede acudir en estas ocasiones a la normativa mercantil relativa a la actividad del empresario (comerciante en la terminología del Código de Comercio) aun cuando, como es sabido, ni todos los trabajadores autónomos se rigen por aquélla ni deben ser empresarios, pues no sólo la legislación mercantil sirve para clarificar la cuestión planteada, sino que, además, es aplicable en todo caso en los supuestos objeto de consulta. Así, en principio, el titular de un negocio puede realizar personalmente cualquier función conveniente o necesaria para la consecución de sus fines, es decir toda actividad de su negocio le es inherente, si bien lo habitual es que utilice, en mayor o menor medida, el concurso de otras personas, bien porque no pueda, bien porque no quiera actuar personalmente, pues la titularidad de un negocio o empresa no exige al empresario desarrollar una actividad empresarial directa y personalmente, sino que basta con que ésta se realice en su nombre, es decir, de tal forma que se le atribuyan las relaciones jurídicas con terceros que se generen y todos los derechos y obligaciones que se produzcan, asumiendo el titular el riesgo y ventura del negocio. Es más, esa actuación a través de otras personas puede llegar incluso al otorgamiento de un poder general para administrar, dirigir y contratar sobre el establecimiento (artículo 283 del Código de Comercio). La persona que recibe ese poder es el llamado gerente o factor mercantil, que es un apoderado general (artículos 281, 282 y 292 del Código de Comercio) nombrado por el empresario, que posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro o tráfico de la empresa. Incluso, cabe la posibilidad de que los poderes conferidos por el empresario sean aún más amplios que los indispensables para dicho giro o tráfico ordinario (artículos 283 y 286 del Código de Comercio), incluyendo, por ejemplo, el apoderamiento para comprar y vender inmuebles, enajenar establecimientos, liquidar o crear sucursales, o para vender o arrendar la propia empresa. Por el contrario, cabe también limitar el poder general del factor para realizar el giro o tráfico normal de la empresa, siempre que tal poder siga siendo general".

Esta figura mercantil del gerente o factor se denomina en el ámbito laboral personal de alta dirección, y se caracteriza por ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma,

con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. No debe confundirse, visto lo anterior el alto cargo o factor con el administrador de la sociedad mercantil, ya que este último es miembro del órgano de administración, esto es, parte de la sociedad misma, concretamente su órgano ejecutivo (siendo la junta general el órgano deliberante), al que le falta el vínculo jurídico de dependencia que caracteriza al factor. Así, tanto de la regulación mercantil del factor como de la laboral se desprende que pueda desempeñar, previo apoderamiento, cualquier actividad inherente a la titularidad de negocio, sirviendo a los objetivos generales de la empresa como un alter ego del empresario, sea éste social o individual (con la salvedad que más adelante se dirá en relación con las sociedades mercantiles capitalistas).

Sobre esta base, las funciones a las que se refiere el art. 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, son los criterios e instrucciones directas a que alude la normativa sobre personal de alta dirección, o lo que es lo mismo, al poder de orientar y fiscalizar la actuación de sus colaboradores, pero sin intervención directa en la gestión de la empresa. Aunque con excepciones. La primera de ellas es la excepción que existe en el ámbito de sociedades mercantiles capitalistas en cuanto a la posibilidad de encomendar a un tercero cualquier función inherente a la titularidad de la empresa. Estas sociedades actúan en virtud de representación legal mediante dos órganos: la junta general, órgano deliberante, y el órgano de administración social, u órgano ejecutivo, que desenvuelven el papel propio del empresario. La Ley mercantil "regula minuciosamente el reparto de funciones entre ambos órganos, interesándonos aquí exclusivamente las atribuidas a los administradores, por cuanto son las únicas que pueden constituir un trabajo que exija el alta de quien lo desempeña en la Seguridad Social". Pues bien, si "al empresario individual le es dado apoderar al factor para cualquier actividad inherente a la titularidad, comprendidas todas las funciones ejecutivas al más alto nivel de decisión, incluyendo poderes de disposición si así lo estima conveniente, en el caso del empresario social la Ley veta a los administradores -facultados, en principio, para realizar desde el más sencillo acto de administración hasta el más importante de disposición, según reiteradísima jurisprudencia- la posibilidad de apoderar a personas ajenas al órgano de administración para realizar determinadas funciones, como es la convocatoria de juntas generales ...; informar a los accionistas ...; formular y firmar las cuentas anuales y



redactar el informe de gestión ... o depositar las cuentas en el Registro Mercantil”.



Por consiguiente, cuando por asimilación el titular del artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 sea “un administrador que posee el control de la sociedad, en los términos del apartado 1 de la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social, y éste acceda a una pensión de jubilación, habrá que entender incluidas las mencionadas facultades indelegables, junto a la orientación y control de los apoderados, dentro de aquéllas inherentes a la titularidad del negocio que el citado artículo le permite compatibilizar con dicha pensión”. La segunda precisión “es que si bien, al margen de las funciones expuestas, cualquier empresario, individual o social, puede apoderar a un tercero para el ejercicio no sólo de la administración y gestión ordinaria de su empresa, sino también para actividades que van más allá de aquélla, como son los actos de disposición no necesarios para la gestión ordinaria, no es exigible al empresario individual ni a la persona física que controla una sociedad mercantil capitalista o empresario de hecho, que apodere a sus colaboradores para realizar tales actos para compatibilizar la pensión de jubilación con la titularidad del negocio, no sólo por cuanto constituiría un sacrificio y un riesgo excesivo que podría hacer peligrar su patrimonio, sino porque los actos de disposición que no sean necesarios para la gestión ordinaria difícilmente pueden considerarse per se un trabajo que obligue al alta en el Sistema de la Seguridad Social”.

Recapitulando todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que las “funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate”, a que se refiere el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, “comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquélla. Además, cuando ese titular se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las funciones inherentes a la titularidad incluirán también aquellas actividades que por Ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración”. Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa “debe reputarse actividad incompatible actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA,

tanto para el empresario individual como para el empresario de hecho, de una sociedad mercantil capitalista”.

Pese a todo, resulta que en el caso que nos ocupa se da la particularidad de que el pensionista en el momento de la concesión de la pensión (al que debe atenderse, al efecto de determinar la si el reconocimiento de la misma resultaba ajustado a derecho) “era administrador único de la entidad XXX, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, y mantuvo dicha condición, ejerciendo las funciones inherentes al cargo después de su baja en la Seguridad Social de 31/10/2014, y así firmaba las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad”. Es decir, se trataba de una Sociedad Limitada Profesional, regulada a día de hoy en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, cuya exposición de motivos se justifica indicando que “la evolución de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por una labor de equipo que tiene su origen en la creciente complejidad de estas actividades y en las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo”. Y es precisamente esta complejidad normativa, la que exige en estos casos de aplicación de la normativa preconstitucional adaptarla al actual contexto económico, realizando así una labor hermenéutica en la que se encuentre presente la realidad social (art. 3.1 CC); porque, aunque la taxonomía efectuada por el Tribunal Supremo pueda resultar útil a los efectos clasificatorios en materia de jubilación activa, lo cierto es que la misma se encuentra necesitada de mayor precisión, cuando menos a los efectos que aquí nos ocupan. Y es que, la simple diferenciación entre “autónomos clásicos” y “autónomos societarios” precisa de mayor especificidad en esta clase de pleitos, habida cuenta la compleja diversidad de fórmulas societarias en nuestro ordenamiento jurídico, sin que se puedan identificarse necesariamente, por ejemplo, un “autónomo societario profesional” (a los que se refiere a la Ley 2/2007) y un “autónomo societario” titular de acciones en una sociedad anónima.

La Ley 2/2007 permite que las sociedades profesionales se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.2), creando así sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. La sociedad profesional se constituye así en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el



cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Por ello, la norma exige que tales "sociedades ... tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional" (art. 1.1). De este modo, el socio profesional deberá ser una persona física que reúna "los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma" (art. 4.1.a)], que deberá ostentar como "mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social" (art. 4.2). Y "si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional" (art. 4.3). En cualquier caso, "la sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas" (art. 5).

Nos encontramos, pues, con sociedades que pueden adoptar cualquiera de las formas societarias que contempla el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (art. 1.2 Ley 2/2007), con la particularidad de que las mismas no realizan actividades de intermediación mercantil, debiendo actuar como profesionales cualificados de naturaleza societaria. La norma pone a disposición de los profesionales una herramienta con la que ejercer la actividad profesional que constituya el objeto social de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional, debiendo articularse la forma societaria mediante una estructura corporativa que corresponda con alguno de los tipos sociales existentes (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.). Se pone a disposición de tales profesionales, pues, un modelo normativo que garantiza cierta libertad organizativa, que, si bien no les permite disponer de un verdadero tipo social autónomo y diferenciado del resto, les habilita para adaptar las clásicas estructuras societarias a las específicas necesidades que requiere el de actividades profesionales colegiadas ("A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional" [art.1.1 Ley 2/2007]).

Hay que tener en cuenta que la finalidad del art. 93 de la OM de 24 de septiembre de 1970 no es otra que la de posibilitar que el autónomo pueda mantener el negocio, conservando el pensionista su titularidad, de tal manera que no se extingan los contratos de trabajo. Y, de acuerdo con la LSP, la remoción del socio podría provocarlo. De esta manera, cabe la posibilidad de que el socio profesional principal ostente la posición de titular del órgano de administración de la sociedad, constituido así como unipersonal, aunque no realice actividad alguna profesional para la sociedad, tal y como acredita el art. 8 de la Ley 2/2007, que, en relación con la inscripción registral de las sociedades profesionales, exige que se mencionen los siguientes extremos: "c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social. d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia. e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas". A la vista de ello, y teniendo en cuenta que la norma admite que las personas que se encarguen de la administración y representación puedan ser socios profesionales o no, resulta evidente que administración y representación, por un lado, y ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social, por el otro, no resultan identificables.

Todo ello supone la posibilidad de deslindar ambas figuras, de tal manera que el socio puede realizar la actividad profesional de que se trate y actuar como administrador de la sociedad, pero de igual manera puede suceder que el socio profesional limite su actuación (ello con independencia de la habilitación normativa) a la labor de administración de la sociedad. En este último, caso, y de acuerdo con la normativa relativa a sociedades de capital, el administrador ostenta "la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él" (art. 233.1) y la misma se extenderá "a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos". Y en el caso que nos ocupa, resulta que el jubilado pensionista, en el momento de la solicitud de pensión, era administrador único de la entidad XXX, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, firmando las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad. Paradójicamente, el hecho de que posea ese porcentaje de participaciones sociales deberá suponer el alta (y la consiguiente obligación de cotizar) del pensionista de jubilación; paradoja que deriva de la que, como indicamos,



asincronía legislativa, que mantiene vigentes normas de carácter anacrónico.



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

Sea como fuere, lo cierto es que tratándose de sociedades profesionales el percibo de la pensión de jubilación resultará incompatible con el ejercicio de una actividad profesional que requiera una titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional, lo que no puede predicarse del administrador que se limita (como administrador y además como titular del negocio al poseer la mayoría de las participaciones sociales: "Si el órgano de administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional" [art. 4.3 de la Ley 2/2007]) a firmar las cuentas anuales y nóminas de personal, así como contratos mercantiles en nombre la sociedad. Y es que, si eso supusiera un inconveniente legal, derivado de la incompatibilidad que venimos analizando, el hecho de poseer la mayoría del capital social, aunque sin ejercer la actividad profesional, exigiría que el titular de "deshiciera" de sus participaciones, con el riesgo cierto de disolución de la sociedad.

Según dispone el art. 4.2 de la Ley 2/2007, "como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales", y el apartado 5 de ese mismo precepto que "estos requisitos deberán cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, constituyendo causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de seis meses contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento". En consecuencia, la hipotética imposibilidad de mantener la titularidad del negocio podría llegar a suponer la disolución de la sociedad, con la necesaria extinción de los contratos de trabajo a ella vinculados, tal y como ha dejado escrito el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 abril de 2014 (Rec. núm. 752/2012), en la que, con relación a una SLP de arquitectura e ingeniería, se reconoce que "el ejercicio del derecho de separación por parte del Sr. XXX, al ser el único ingeniero superior y constituir objeto de la sociedad la prestación de servicios de ingeniera, determinó que la sociedad incurriera en causa de disolución, conforme al art. 4.5 LSP).

En definitiva, en esta ocasión no consta que el pensionista se dedicase, tras el reconocimiento de la situación protegida, a la actividad colegiada de economista, limitándose a ejercer como administrador de la sociedad en los términos ya expresados. Así, el actor, en el momento de la solicitud de pensión, era administrador único de la entidad XXX SLP, poseyendo el 75% de las participaciones sociales, limitándose como tal a firmar las cuentas anuales y nóminas de personal, y contratos mercantiles en nombre la sociedad. Obviamente, tras todo lo expuesto, y tal y como indicamos en nuestra sentencia anterior, "aunque se trate de la hija del actor, su testimonio tiene utilidad directa y presencial, y presenta como finalidad desvirtuar la presunción del informe de la inspección", habida cuenta el hecho (que manifiesta el propio juzgador de instancia) de que aparentemente el actor no actuaba físicamente de manera diaria en el quehacer de la sociedad, siendo su hija la "encargada de la gestión diaria", asumiendo "el papel de gerente o directora de la entidad en tanto el actor desempeñó funciones como administrador", siendo la hija del actor la que "asumía la dirección ordinaria". De ello deriva, como necesaria consecuencia, que el aquí demandante en el momento del reconocimiento de su pensión de jubilación se limitó a mantener la titularidad de la SLP, desempeñando funciones inherentes a dicha titularidad, sin implicación de carácter profesional en su desempeño, lo que debe conducir a la declaración de compatibilidad entre su pensión de jubilación y su condición de administrador.

**TERCERO.**- En el último de los motivos de suplicación, de nuevo amparado en el art. 193.c) LRJS, se denuncia vulneración del principio de legalidad y lo dispuesto en los artículos 9, 24, 25, 103 y 106 de la Constitución Española y los artículos 127, 129, 134, 135, 137 y 138 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre y los artículos 1.1, 25.1, 47.1.B y 53.1.a) del Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de agosto, y el artículo 146.2.A) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y artículo 1.282 del Código Civil, así como se ha vulnerado la Teoría de los Actos Propios contenida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estimando, en esencia, que no se da ninguno de los presupuestos de excepción por los que el organismo gestor no podía revisar la pensión de jubilación en perjuicio del beneficiario.

El motivo debe prosperar, por lo mismos motivos que los relacionados en el fundamento anterior. Por todo, ello no cabe sino declarar la plena compatibilidad (cuando menos en el momento del reconocimiento de la pensión, que es justo lo aquí



discutido) de la pensión de jubilación del actor con el mantenimiento de la titularidad del negocio como administrador de una SLP, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, al no suponer una dedicación de carácter profesional, acogiendo así el suplico del recurso, revocando y dejando sin efecto las resoluciones de la gestora impugnadas de fecha 30 de agosto de 2016 y 26 de septiembre de 2016, con mantenimiento del actor en el reconocimiento y percibo de la pensión de jubilación, dejando sin efecto el reintegro de las cantidades percibidas. En consecuencia,

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de don XXX, contra la sentencia de fecha dos de febrero del año dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de A Coruña, en proceso promovido por el recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la sentencia de instancia, debemos revocar dejando sin efecto las resoluciones de la gestora impugnadas de fecha 30 de agosto de 2016 y 26 de septiembre de 2016, con mantenimiento del actor en el reconocimiento y percibo de la pensión de jubilación, dejando sin efecto el reintegro de las cantidades percibidas, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a ello.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**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.