



Roj: **STS 2743/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2743**

Id Cendoj: **28079140012022100520**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2022**

Nº de Recurso: **1472/2019**

Nº de Resolución: **590/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 450/2019,**
STS 2743/2022

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1472/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 590/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 29 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el de 28 de enero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 912/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 4 de julio de 2017, recaída en autos núm. 67/2016, seguidos a instancia de D. Carlos Ramón frente a INSS y TGSS, sobre **Jubilación**.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto recurrido, D. Carlos Ramón, representado por el letrado Don Silverio Aguirre Crespo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2017, el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante nació el NUM000 de 1948 y figura afiliado a la SS con el Numero NUM001

SEGUNDO.- El demandante solicitó pensión de **jubilación** el 24 de enero de 2013, la cual le fue reconocida por resolución del INSS de fecha 7 de febrero de 2013, conforme a una base reguladora de 2.399,90 euros y un porcentaje del 100%

TERCERO.- El demandante figura en alta en el RETA, como miembro de un órgano de administración desde el 1 de mayo de 2013 al 30 de noviembre de 2014, constando una percepción indebida de 53275,77 euros.

CUARTO.- Dentro de las actuaciones inspectoras de la SS, se examinó en fecha 3 de octubre de 2014, la documentación de la empresa BS INVERSIÓN Y GESTIÓN SL (con CIF B7876413), con domicilio social en la C/ Valle Franco nº 42 de Boadilla del Monte, teniendo el demandante el control efectivo de la sociedad, al ser poseedora su esposa del 68,47% del capital social. El demandante facturaba por su actividad de servicios de asesoramiento comercial y económico a la citada mercantil la cantidad mensual de 550 euros. El demandante no figuraba de alta en RETA, en el desde el 28 de mayo de 2013, periodo en el que era exigible dicha alta. A consecuencia de la actuación inspectora, se emitió un informe de la Inspección de Trabajo, el 5 de febrero de 2015, dando lugar a la inclusión de oficio del actor en el RETA el día 1 de mayo de 2013, régimen en el que ha causado baja el día 30.11.14. El demandante había estado de alta en el RETA desde el 01.02.2011 al 31.10.12, desde abril de 2013, factura por su actividad de servicios de asesoramiento, la cantidad fija establecida de 550 euros.

QUINTO.- Por el INSS, se sanciona al actor el 22.10.15, con la pérdida de la pensión de **jubilación** pro un periodo de tres meses, sin perjuicio de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Se dictó propuesta de resolución proponiendo la pérdida de la prestación durante un periodo de tres meses, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente percibido. La propuesta es de fecha 22.10.15. El 14.09.15 se comenzó el expediente sancionador, y la designación de instructor. Obra en autos informe de la Inspección de Trabajo, que se da por reproducido. Asimismo, por la Inspección de Trabajo, se impuso al demandante una sanción de 626 euros. Y se elevó a definitiva la liquidación por importe de 666,34 euros, en fecha 16 de abril de 2015, por la Inspección de Trabajo.

SEXTO.- La mercantil BS INVERSIÓN Y GESTIÓN SL, se constituyó el 22.01.91, siendo el demandante el administrador único de la misma, desde su nombramiento, conforme el acta registra de fecha 28 de mayo de 2013, constando en la misma, el cese de Casilda, esposa del actor, y poseedora desde el 20 de mayo de 2008, del 68,47 % del capital social de la citada mercantil, capital que asciende a 684.552,78 euros totalmente desembolsado, dividido en 11.390 participaciones. La citada sociedad, se encuentra en alta desde el 15.12.10, en la actividad de "promoción inmobiliaria de edificaciones".

SÉPTIMO.- No consta que el demandante haya comunicado al INSS el inicio de una actividad laboral, dada su condición de pensionista.

OCTAVO.- El demandante es apoderado de la empresa "i3i SISTEMAS INGENIEROS AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO", siendo Consejero Delegado de la misma. Esta sociedad fue constituida el 12 de julio de 2012, por las mercantiles CECA SISTEMAS INGENIEROS SA e INSPECCIÓN Y CONTROL DE CALIDAD INGENIEROS SAU, sin capital social, para participar en proyectos de Oil-Gas en países del Magreb

NOVENO.- Se ha agotado la vía previa. Asimismo, se desestimó el recurso de alzada interpuesto por el demandante".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda formulada por Carlos Ramón contra INSS, TGSS debo absolver a los organismos demandados de los pedimentos deducidos en su contra en el escrito de demanda".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Carlos Ramón ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación formulado por D. Carlos Ramón debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, estimando íntegramente la demanda debemos declarar no ajustada a derecho la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 22 de octubre de 2015, que se deja sin efecto, reponiendo al demandante en su derecho al percibo íntegro de la pensión de **jubilación** correspondiente, dejando sin efecto la sanción de pérdida de la pensión por un periodo de tres meses, con reintegro de las cantidades indebidamente detraídas, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y, al reintegro de lo indebidamente retenido".

TERCERO.- Por la representación del INSS y TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 22 de noviembre de 2018 (R. 216/2018).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de septiembre de 2019, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando la falta de identidad entre las sentencias contrastadas, citando el ATS de 5 de abril de 2018, rcud 2232/2017. A tal efecto pone de manifiesto que en la sentencia recurrida el demandante percibe una cantidad fija de 550 euros por su actividad de asesoramiento lo que no concurre en la sentencia de contraste por lo que la percepción de cantidad inferior al salario mínimo interprofesional (smi), siguiendo el auto invocado, es lo que justifica esa ausencia de identidad. En todo caso, considera que no hay quebranto alguno del derecho ni de la jurisprudencia, con cita de la STS de 5 de abril de 2018, rcud 2232/2017.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

A su juicio, partiendo de la existencia de contradicción, no se cumple en este caso el requisito de compatibilidad que prevé la norma porque el demandante desarrolla una actividad por cuenta propia, como es la de asesoramiento a una mercantil por el que percibe 550 euros mensuales que provoca su alta en el sistema de la Seguridad Social (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos -RETA-).

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de junio de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La Entidad Gestora demandada ha formulado recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 28 de enero de 2019, rec. 912/2017, que estima el interpuesto por la parte demandante, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de 4 de julio de 2017, dictada en los autos 67/2016, dejando sin efecto la resolución del INSS, de 22 de octubre de 2015, por la que acordaba la pérdida de la pensión por un periodo de tres meses, reponiendo al demandante en su derecho al percibo íntegro de la pensión de **jubilación** correspondiente, debiendo serle reintegradas las cantidades detraídas.

Según la sentencia recurrida, el demandante es pensionista de **jubilación** desde enero de 2013, y figura en el RETA como miembro de un órgano de administración mercantil desde 1 de mayo de 2013. La Sala de suplicación sostiene que por la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), apartado primero, párrafo primero, se debe presumir que el actor, administrador único de una mercantil y esposo de quien ostenta el 68,47% de la sociedad, posee el control efectivo de la sociedad lo que no ha quedado desvirtuado, siendo dado de alta en el RETA y manteniendo su actividad de asesoramiento mercantil con percibo mensual de 550 euros, desde el 1 de mayo de 2013 a 30 de noviembre de 2014. A partir de ahí y a tenor del art. 165.4 de la LGSS, según la sentencia recurrida, lo percibido por el actor, en cómputo anual, no supera el smi por lo que no es ajustada a derecho la resolución del INSS que deja sin efecto.

2.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), acordando la pérdida de la pensión de **jubilación** por tres meses, por compatibilizarla con una actividad por cuenta propia, al ostentar el control efectivo de una sociedad mercantil, es ajustada a derecho, tal y como ha resuelto la sentencia objeto del recurso, para lo cual se formula un solo punto de contradicción para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja, de 22 de noviembre de 2018, rec. 216/2018.

3.- A los efectos de conocer la doctrina de la sentencia de contraste debemos indicar que en ella, la demandante, pensionista de **jubilación**, a raíz de solicitar el 30 de junio de 2016 la compatibilidad con la pensión el inicio de una actividad por cuenta propia y su alta en el RETA, es dada de alta pero con efectos de 1 de enero de 2014, por lo que el INSS inicia procedimiento de reintegro de prestación por el periodo de 1 de enero de 2014 al 30 de junio de 2016. Su alta en el RETA lo era por la titularidad del 33,33% de participaciones en una mercantil, junto a su esposo e hija, ostentando la presidencia y nombrada apoderada de la sociedad, de forma solidaria con su esposo. La Sala de suplicación, en aplicación de la Disposición Adicional 27ª de la LGSS 1994, vigente a la fecha de los hechos (1 de enero de 2014), considera acreditados los hechos que constituyen la presunción de control de la sociedad sin que se haya presentado prueba en contrario que lo desvirtúe, lo que justifica su alta en el RETA y ello es incompatible con el percibo de la pensión

4.- Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, como ya advierte el Ministerio Fiscal, sin que sea relevante en este caso el que en la sentencia de contraste no se haga referencia alguna a si el pensionista era perceptor de una retribución mensual

por una actividad por cuenta propia ya que lo que aquí se está cuestionando es si, partiendo de que el demandante, pensionista, posee el control efectivo de una sociedad mercantil, condición por la que debe estar obligatoriamente incluido en el RETA, puede mantener el percibido de la pensión de **jubilación**. Situación que concurre en uno y otro caso resuelto por las sentencias contrastadas.

SEGUNDO. - 1.- La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que denuncia como vulnerada la Disposición Adicional 27ª de la LGSS, en a la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en relación con el art. 165 de la citada LGSS.

Según dicha parte, la Disposición Adicional 27ª que invoca, recogida en la actualidad en el art. 305.2 b) de la LGSS 2015, es de aplicación al caso, tal y como resolvió la sentencia de instancia, debiendo presumirse que el demandante posee el control efectivo de la sociedad mercantil, siendo indiferente que sea o no retribuido, cuando la circunstancia que provocó su alta en el RETA lo era por esa condición societaria. Respecto de lo que razona la sentencia recurrida, al aplicar el art. 165.4 de la LGSS, refiere que dicho apartado se incorporó por la Ley 27/2011, como excepción a la regla general del art. 165 de la LGSS (hoy art. 213.1 de la Ley 2015), en coherencia con lo que disponía la Orden de 18 de enero de 1967, en su art. 16.1 y el art. 93 de la Orden de 20 de septiembre de 1970. La excepción lo es para pensionistas que realizan actividades marginales y que, precisamente, no impone estar en alta en el RETA.

2.- La normativa de la que ha de partirse debe ser la vigente al momento en el que se cuestiona la existencia de compatibilidad que se ubica a la fecha de 1 de mayo de 2013, fecha de efectos del alta de oficio en el RETA, y momento en el que ya era perceptor de la pensión de **jubilación**, desde enero de dicho año. Por tanto, nos vamos a referir a la regulación que se recoge tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste, en las que, por cierto, y en el extremo que nos ocupa, no presentan discrepancia, aunque el resultado al que llegan es contradictorio. Y junto a esas referencias normativas se añadirán las que se invocan en el motivo por la parte recurrente y las que, en definitiva, estaban vigentes en ese momento y con incidencia en la pretensión.

En efecto, la Disposición Adicional 27ª de la LGSS 1994, vigente en el caso que nos ocupa, referida al campo de aplicación del RETA (reflejada en el art. 305 de la vigente LGSS 2015) disponía lo siguiente: 1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

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

Como hemos dicho, tanto la sentencia recurrida como la de contraste hacen mención de la referida Disposición e incluso la propia sentencia recurrida indica que el demandante posee el control efectivo de la sociedad ya que ello no ha sido desvirtuado por el propio demandante que provoca su entrada en el RETA.

Junto a ello, se hace necesario referirnos al régimen jurídico de los trabajadores autónomos. Así, tenemos el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, en el que se dispone lo siguiente: "La presente Ley será de aplicación a las 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, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial"

Igualmente, el art. 1.2.c de la citada norma es de interés porque en el que se dice que se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de la misma, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado 1 a "Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo

y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio".

En lo que se refiere al régimen jurídico de la pensión de **jubilación**, debemos mencionar el art. 165 de la LGSS 1994 que, en materia de incompatibilidades disponía lo siguiente en su apartado 1, y como regla general, que "El disfrute de la pensión de **jubilación**, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen". Y en su apartado 4 se introduce una excepción en los siguientes términos: "El percibo de la pensión de **jubilación** será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.

Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social".

Esa redacción fue producto de la Ley 27/2011 que en su Disposición adicional 31, sobre complementariedad de ingresos con la pensión de **jubilación** introdujo el apartado 4 al art. 165 de la LGSS.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE de 16 de marzo de 2013), regula la compatibilidad entre la percepción de la pensión de **jubilación** y el trabajo por cuenta propia o ajena en unos concretos términos que, aunque no es el objeto del debate, podemos mencionar por cuanto que ya estaba en vigor al momento en que se produce el alta en el RETA y refleja el marco que rodea a la citada pensión y como incide en su mantenimiento situación de actividad, ya por cuenta propia o ajena. En ella se disponía en su art. 2 que "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el disfrute de la pensión de **jubilación**, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:

- a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin que, a tales efectos, sean admisibles **jubilaciones** acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de **jubilación** que pudieran ser de aplicación al interesado.
- b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por 100.
- c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial".

En esa regulación, recordando la regla general de incompatibilidad, permite que se compatibilice su percepción con un actividad si bien la cuantía de la pensión se viera entonces reducida al 50%, en los términos del art. 3 del citado RDL. En esta situación la cotización sería por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, con las condiciones que indicaba el art. 4.

3.- La doctrina de la Sala

Esta Sala, aunque con ocasión de otros planteamientos, ha venido distinguiendo lo que denomina trabajador autónomo clásico de otras figuras que también se encuadran en el estatuto jurídico o régimen especial de la seguridad social a ellos destinados pero que no pueden ser identificados a todos los efectos. Así lo expresa, entre otras, la STS de 23 de julio de 2021, rcud 1328/2020, al decir que " Las normas citadas, que regulan el ámbito del trabajo autónomo, así como su inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, distinguen claramente entre la regla general, que caracteriza al "autónomo clásico" e incluye a las personas físicas, mayores de edad, que realicen de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad profesional a título lucrativo, den o no ocupación a otros trabajadores, de las demás modalidades del trabajo autónomo, que se han ido integrando en el RETA a lo largo del tiempo". Y que "La diferencia entre ambos tipos de autónomos es patente, toda vez que el autónomo clásico realiza su actividad profesional o económica de forma habitual personal y directa por su propia cuenta, asumiendo, por tanto, el riesgo y ventura en el devenir de su negocio. Por el contrario, el autónomo societario realiza también funciones de dirección o gerencia propios del cargo de consejero o administrador u otros servicios, a título lucrativo, de forma personal, habitual y directa, pero no lo hace por cuenta propia sino para la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los riesgos del negocio. Es cierto que, el presupuesto, para que estas actividades se incluyan en el ámbito del trabajo autónomo, así como su integración en el RETA, es el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad, pero

dicha circunstancia activa su inclusión en el RETA, descartando, por tanto, su inclusión en el Régimen General, pero no comporta, de ningún modo, que dichas actividades se realicen por cuenta propia, puesto que, tanto el art. 2.2.c LETA, como el art. 305.2.2.b LGSS dejan perfectamente claro que las actividades, realizadas por el autónomo societario, se desempeñan para la sociedad".

Finaliza la anterior resolución en orden al marco de actividad al que debe atenderse a los efectos que nos ocupa, diciendo que "Consiguientemente, acreditado que el señor Luis Manuel ejerce funciones como consejero o administrador de las sociedades mercantiles citadas más arriba, desempeñando funciones de dirección y gerencia para las mismas de manera habitual, personal y directa, debemos concluir que, dichas funciones se ejercen para la sociedad, que es quien recibe los frutos y asume los riesgos de sus negocios y no por cuenta propia, aunque controle societariamente a las mercantiles citadas, puesto que dicho control no desactiva la personalidad jurídica de las mismas, claramente diferenciada de la del citado señor. No cabe, por tanto, 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".

TERCERO. - La aplicación de la anterior doctrina al caso nos permite afirmar que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta.

En efecto, se trata de determinar el ámbito de aplicación del apartado 4 del art. 164 de la LGSS que, para la sentencia recurrida, a pesar de hacer expreso reconocimiento de que el demandante mantiene una actividad societaria en la que ostenta el control efectivo de la sociedad, por la que se procedió a su alta en el RETA, elude esta situación para tomar en consideración que su actividad de asesoramiento -a pesar de la posición que ocupa en la mercantil- por la que es retribuido permite calificarlo de trabajador autónomo clásico para aplicarle la regla de smi.

Pues bien, esa construcción del razonamiento no puede ser acogida porque, aunque conste que asesoraba a la mercantil de la que tiene el control efectivo, esa actividad no enervaría cualquiera otra que en la misma empresa pudiera ostentar e integrar aquel quehacer, y por la que figuraba en alta en el sistema con las correspondientes obligaciones de cotización.

Siendo ello así, la situación del pensionista no estaría bajo el ámbito de aplicación del art. 165.4 de la LGSS 1994, que introdujo la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social ya que, manteniéndose la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de **jubilación** con el trabajo del pensionista a la que se refiere su apartado 1, la salvedad que el apartado 4 recoge para los trabajadores por cuenta propia lo es para unas actividades específicas que no generan obligación de cotizar por prestaciones ni, por ende, van a generar derechos en ese ámbito del régimen de la seguridad social, situación que no es la que ostenta la parte demandante desde el momento en que su alta en el RETA, no cuestionada, lo es por el desarrollo de actividad mercantil societaria y a todos los efectos.

La parte recurrida invoca en su escrito de impugnación del recurso el ATS de 5 de abril de 2018, rcud 2232/2017. Dicha resolución judicial no tiene incidencia en el presente recurso porque, aunque inicialmente pudiera entenderse que estamos ante una resolución cuyo criterio pudiera regir la presente decisión, y que la parte recurrente lo encauza hacia la falta de identidad con la sentencia de contraste, lo cierto es que, al margen de lo que ya hemos indicado anteriormente en relación con la contradicción, no debemos obviar que en aquel auto la sentencia de contraste era otra y que los elementos fácticos en los que descansaba la falta de identidad no tienen por qué ser ni eran los mismos que debamos manejar en el presente por cuanto que, a diferencia de lo que allí concurría, en el presente caso estamos ante dos pensionistas sobre los que no se cuestiona su actividad societaria, en tanto que ostentaban el control efectivo de una sociedad y por esa condición estaban en alta en el RETA, con plenos efectos, y esta situación es la que se analiza en orden a determinar si ello permite seguir percibiendo el importe íntegro de la pensión de **jubilación**.

CUARTO. - Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procede casar la sentencia recurrida y, desestimar el de tal clase interpuesto por la parte actora, confirmando el pronunciamiento dictado en la instancia,

Todo ello sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
:



1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el de 28 de enero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 912/2017.

2.- Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el de tal clase interpuesto por la parte actora, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 30 de Madrid, en fecha 4 de julio de 2017, autos núm. 67/2016.

3.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ